المحامي الدكتور
برهان خليل زريق

نحو
نظرية عامة في العرف الإداري

رسالة دكتوراه
في
القانون العام

١٩٨٦م - ١٤٠٦هـ

المحامي الدكتور
برهان خليل زريق

نحو
نظرية عامة في العرف الإداري

رسالة دكتوراه

في

القانون العام

١٩٨٦م - ١٤٠٦هـ

الإهداء

الى زوجتي أم سامر

زهرة الحياة الدنيا

تقديراً وإكباراً ووفاءً .

والى اولادي الاعزاء

حباً ...

أملاً ...

ورجاء ...

برهان

مقدمة

موضوع البحث :

لقد مضى على الانسان حين من الدهر كان العرف هو المصدر الوحيد للقانون ، وقد انشا خلال هذه المرحلة كثيرا من القواعد القانونية سواء في مجال القانون العام ام الخاص(١) ، مما دعا بعضهم للقول « ان المباديء المتأصلة في تصوراتنا القانونية والتي تجري مجرى القضايا المسلم بها ، هي كلها أو بعضها ذات طابع عرفي »(٢) .

وفي الحقيقة ان اغلب القوانين التي لعبت دورا عظيما في المدنيات القديمة ذات منشا عرفي ، ونذكر على سبيل المثال قانون « دراكون » الصادر سنة ٦١ ق.م وقانون « صولون » الصادر في اثينا سنة ٩٤ ق.م ، وقانون « حمورابي » في بابل ، وقانون « مانوا » في الهند ، واخيرا قانون « جو » في الصين(٣) .

ولقد اقرت الشريعة الاسلامية هذا المصدر واعتبرت العادات الملزمة واجبة الاتباع كالقواعد المسنونة(٤) .

واذا كان التشريع قد فاز باحتلال الصدارة في الحياة القانونية ، فهذا التفوق لايزال في حدود الكم ، والعرف كان ولايزال مصدرا تمليه الضرورة والواقع وطبائع الاشياء(٥) .

فالعرف هو النظام الحاكم « الذي تدور به وعليه عجلة المعاملات بين الناس ويكشف عن معاني كلامهم ومراميه ، ويرسم حدود الحقوق والالتزامات وينير محجة القضاء وهذا المستند عظيم الشأن لكثير من الاحكام العملية بين الناس في شتى شعب الفقه وابوابه ، وله سلطان واسع المدى في توليد الاحكام وتحديدها واطلاقها وتقييدها »(٦) .

وهو « المصدر الشعبي الأصيل الذي يتصل اتصالا مباشرا بالجماعة ويعتبر وسيلتها الفطرية لتنظيم تفاصيل المعاملات »(٧) .

وبسبب هذه الخصائص المذكورة : طبعيته ، اصالته ، ارتباطه بالواقع ، تعبيره عن الضرورة والتجربة ، بسبب ذلك فقد فرض نفسه على كافة مراحل التاريخ القانوني « وظل هذا المصدر وسيظل الى جانب التشريع مصدرا تكميليا خصبا لا يقف انتاجه عند حدود المعاملات التجارية ، بل يتناول المعاملات التي تسري في شأنها قواعد القانون المدني وسائر فروع القانون الخاص والعام على السواء »(٨) .

فالقانون التجاري ظل لفترة طويلة قانونا عرفيا ، ومازال العرف يؤدي في هذا القانون دورا مؤثرا ، وذلك بسبب عجز النصوص عن مسايرة الحاجات المتجددة(٩) .

ويعتمد القانون الدولي العام على العرف اعتمادا كبيرا ، وذلك بسبب وجود سلطة عليا تختص بالتشريع بالنسبة للمجتمع الدولي(١٠) ، كما ان العرف يعتبر مصدرا من مصادر القانون الدولي الخاص ، ولهذا المصدر دور كبير فيما يتعلق بتنازع القوانين(١١) .

ولقد كان العرف المصدر الوحيد للقانون الدستوري ، وذلك قبل ظهور الدساتير المكتوبة وان كانت هذه الدساتير تشغل حاليا مكان الصدارة في اغلب الدول مع بقاء العرف مصدرا لبعض المسائل الدستورية ، وهو الأمر الذي يفسر الاهتمام بدراسة الأعراف القائمة في هذا المجال(١٢) .

كذلك فالادارة مدفوعة تحت عدة عوامل ـ وفي حال عدم وجود نص قانوني ـ الى وضع الحلول الفردية للمسائل التي تطرح عليها ، ثم الى تعميم ذلك على الحالات المماثلة(١٣) ، وهذا السلوك المنتظم كثيرا ما يقترن بالتزام الادارة به واعتناقها له كقاعدة قانونية ، فينشأ ما تسمى بالظاهرة الادارية العرفية .

وهذه الظاهرة تنشأ من ممارسة الادارة لاختصاصها بصفتها سلطة عامة تتزود بوسائل القانون العام من اجل تحقيق الصالح العام .

أهميـــة البحث :

قلنا ان العرف ظاهرة قانونية فرضت نفسها في مختلف المراحل القانونية بقوة الواقع والتجربة وطبائع الأشياء .

وعلى الرغم من ذلك فقد وجدنا من يشكك في ذلك سواء من حيث وجوده والاعتراف بـه كمصـدر للقانون الاداري ، ام لجهـة فعاليتـه في انتـاج القواعد القانونيـة .

اما فيما يتعلق بكونه مصدرا للقانون ، فقد وجدنا من أهمل التعرض اليه عند الكلام عن مصادر القانون الاداري(١٤) ، كما وجدنا من انكر اعتباره مصدرا للقانون المذكور .

اما لجهة فعاليته فقد وجدنا عددا من الفقهاء يصفه بأنه مصـدر جدير بالاهمال ، او انه غير مذكور ، وغير ذلك من الأوصاف(١٥) .

واذا كان ذلك وصف العرف المذكور ، فهذا العرف لم ينل حظه مـن الدراسة(١٦) ، على الرغم من ان فكرة العرف في حد ذاتها عويصه ومعقدة ، شأنها في ذلك شان سائر النظريات المتعلقة بمصادر القانون ، وأنها مازالت تثير كثيرا من الجدل والخلاف(١٧) .

واذا ما استثنينا بعض الابحاث التي تعرضت الى العرف الاداري والتي افردت له صفحات مستقلة(١٨) ، فان أكثر ما كتب عنه لا يعدو ان يكون اشارات مجتزأة ولمحات سريعة(١٩) ، وان هذه الاشارات غالبا ما كانت مشبعة بروح القانـون الخاص متأثـرة بالدراســات والافـكار المتعلقة بالظاهرة العرفيـة بوجـه عـام(٢٠) .

« وبالاضافة الى ذلك فالعرف الاداري يعتبر عنصرا من عناصر المشروعية فضلا عن كونه مصدرا من مصادر القواعد الادارية .

ومن المعلوم ان لمسألة المشروعية اهمية علمية وعملية اوضح من أن تحتاج الى بيان نظر لتعلقها بسيادة القانون وضرورة قيام ادارة قانونية ، وهو الامر الذي يوجب الزام الادارة باحترام حكم الاعراف الادارية التي تضعها بنفسها ، كما يوجب الزامها بعدم التمييز بين المخاطبين باحـكام العرف والتمييز بين

الحالات التي تطبق عليها هذه الأحكام مما يمنع الادارة من الاستبداد ويحول دون طغيانها »(٢١) .

زد على ذلك فللعرف الاداري مفهوم خاص الى جانب مفهومه العام ، وهو الأمر الذي يستتبع القاء الضوء على هذا المفهوم الخاص .

وهنالك مبررات اخرى تدفع لدراسة هذه الفكرة ، وهي مبررات تختلط بالمسائل الدستورية ، من ذلك ضرورة معرفة سلطة الادارة في انشاء العرف الاداري وضوابط هذه السلطة ، وهل هي مظهر لسلطة تشريعية ، ام انها سلطة مقيدة بقبول الأفراد للقاعدة ، واخيرا ما هو نطاق هذه السلطة ، وهل تقتصر على تفسير النصوص ، أم تمتد الى انشاء أحكام مستحدثة في النظام القانوني .

والعرف الاداري يمكن ان يبحث من زاوية اعتباره نشاطا اداريا ، وليس من الزاوية القانونية المحض ، وهنا يصح التساؤل عن دوره في خلق ادارة حية وفعالة(٢٢) ، تسعى من تلقاء نفسها الى تحقيق العدالة الادارية ، وتفتش عن انجع الوسائل لتحقيق المساواة بين الأفراد ، والعمل في وضح النهار .

وهذه الامور ـ ولاشك ـ مضاف اليها خصيصة الاستقرار السمة المميزة لكل قاعدة عرفية ، هذه الأمور من اهتمامات علم الادارة العامة (٢٣) ، لاسيما ـ وخلافا لصيغة التشريع القائمة على الفرض ـ ان صيغة العرف تحقق مزيدا من التعاون الفعال بين الادارة والأفراد ، حيث يتاح لهؤلاء التعبير عن مصالحهم عن طريق قبول القاعدة او رفضها .

والفرق ـ ولاشك ـ كبير بين السلوك القائم على الرضا وبين السلوك المؤسس على الفرض والالزام .

واذا كان العرف في القانون الخاص يتناول تنظيم المسائل المادية للأفراد ، فالأمر على خلافه بالنسبة للقانون الاداري الذي يتصل بمسائل هامة في حياة المواطنين ، مثل مسائل الحرية والملكية ، وغير ذلك من المسائل .

وهنا يثار التساؤل عن قدرة العرف الاداري على التغلغل في كافة اوصال الحياة الادارية وتنظيمه لها ، وبالعكس اذ يمكن ان نطرح الموضوع على اساس التدليل بخطورة ربط هذه المسائل بمصدر قانوني ذاتي يوسع من نطاقها ، ويجعلها دون حدود(٢٤) .

هذا هو موضوع البحث ، وهذه هي بعض المبررات التي حدتنا للدراسته ، وتلك اهميته من الناحية العلمية والعملية ، وهي اهمية تثير في نفس الباحث الحماس للتصدي له ، لاسيما انه ـ كما قلنا ـ لم يزل بكرا ، وأن الامر المغمور يثير في النفس الاهتمام اكثر ما يثير الأمر المشهور .

خطـة البحث :

وسأتعرض في هذا المجال الى النقطتين الآتيتين :

النقطة الأولى :

وتتعلق بالمنهج المتبع في مناقشة مواضيع الرسالة وتمحيص حقائقها .

النقطـة الثانيـة :

وسأتعرض بها الى العناصر المختلفة لهذه الرسالة من ابواب وفصول وابحاث مما يدخل في مضمون الرسالة ومواضيعها .

١ ـ المنهـج المتبـع

وفي هذا الصدد نجتزيء الملاحظات الآتية :

١ ـ كان لابد من الاستعانة بالدراسات الجادة والمستفيضة لفقهاء القانون الخاص مع التركيز بصورة خاصة على هذا القدر المتيقن المتعلق بجوهر الصيغة العرفية كصيغة متوفرة في كافة انواع العرف .

٢ ـ لم أتناول مسائل هذا الكتاب بطريقة وصفية ، وانما اخذت اقلب وجهات النظر على ضوء المذاهب القانونية ، ومن جهة أخرى كان لابد من اطار يحكم اتجاه هذه الرسالة ، وهو الاتجاه الموضوعي المعتدل(٢٥) ، الذي يرى ان العرف يتألف من الركنين : المـادي ، ثم الركن المعنـوي .

٣ ـ تتميز العلوم الانسانية ـ بعكس العلوم الطبيعية ـ بأنها تقوم على الغاية ، وعلى سيادة الارادة الانسانية ، وهذه العلوم لها طرقها الخاصة في البحث ، وهي طريقة التحليل ـ التفسير ـ النقد ـ المقارنة(٢٦) .

وعلى ضوء ذلك فقد ربطت نشوء العرف الاداري بالارادة الانسانية ، وبالعكس فقد رفضت اي تفسير يخضعه للقوى الآلية والتلقائية .

ـ افردت بعض البحوث لمقارنة العرف الاداري ببعض الظواهر القانونية .
ـ حاولت تخصيص بعض الابحاث لنقد وتقييم البحث بعد الانتهاء منه .
ـ قمت بدراسة الظاهرة العرفية من الناحيتين الآتيتين :

١ ـ من الناحية الاستاتيكية ، اي دراستها بنيويا او في ذاتها « حال السكون » .

٢ ـ من الناحية الديناميكية الحركية ، اي دراسة الآثار المترتبة على هذه الحركة(٢٧) .

ولقد حرصت في الحال الاولى على دراسة العرف الاداري كقاعدة محض ، حيث تعرضت الى جوهر العرف وفلسفته والاركان التي يقوم عليها وطريقة نشأته والأساس الذي تشتق منه قوته الملزمة ، وغير ذلك من الأسس العامة .

اما في الحال الثانية فقد قمت بدراسة العرف كقاعدة مطبقة(٢٨) .

ولقد رغبت هنا ابراز الاهمية التي يلعبها العرف الاداري والوظائف التي يؤديها والمجالات التي يعمل بها ، كما حاولت ابراز الخصائص النوعية لهذه القاعدة في كل مجال من المجالات المدروسة .

٢ ـ عناصر الخطة

لا حاجة للقول بأن البنية والهيكل انعكاس للمضمون ، وان هنالك علاقة متبادلة الاثر والتأثير بين المظهر والجوهر ، ومن ثم فالتخطيط العلمي لأية نظرية انما يجب ان ينطلق من الطبيعة الذاتية لهذه النظرية .

وعلى ضوء ذلك قمت بتقسيم عناصر هذه النظرية وعواملها الى فصل تمهيدي وقسمين اساسيين وفقا لما يلي :

١ ـ **الفصل التمهيدي** : ولقد قمت هنا بدراسة العرف كظاهرة عامة ، ثم انتقلت بعد ذلك الى التعريف بالعرف الاداري وتبيان عناصره .

٢ ـ **القسم الأول** : في تكوين العرف الاداري

ولقد قمت بتقسيم هذا القسم الى ثلاثة ابواب ، تكلمت في الباب الأول عن العمل الاداري باعتباره يمثل الوحدة البنائية في هذه الظاهرة ، ثم تكلمت في الباب الثاني عن شكل القاعدة الادارية العرفية ، حيث قمت بتقسيم هذا الباب الى فصلين تكلمت في الفصل الاول عن صيغة هذه القاعدة « العادة » .

اما الفصل الثاني فقد خصصته للبحث عن الارادة المنشئة للعرف الاداري، حيث تعرضت الى دراسة المقصود من أساس القوة الملزمة للعرف الاداري .

اما الباب الثالث فقد خصصته لدراسة العرف الاداري كمصدر للقانون ، وقد قسمت هذا الباب الى ثلاثة فصول ، تكلمت في الفصل الأول عن حجية العرف الاداري ، ثم مبررات قيامه كمصدر للقانون ، وفي الفصل الثاني قمت باجراء مقارنة بين العرف الاداري وبعض الظواهر القانونية الأخرى ، اما الفصل الثالث فقد خصصته للكلام عن انواع العرف الاداري .

٣ ـ **القسم الثاني** : العرف الاداري في حال الحركة

ولقد تم تقسيم هذا القسم الى ثلاثة ابواب ، تكلمت في الباب الأول عن سريان العرف الاداري ، وفي الباب الثاني عن دور القضاء في اثبات العرف الاداري ، ثم رقابته على تطبيق هذا العرف .

اما الباب الثالث ، فقد استهدفت منه اجراء دراسة تطبيقية للقواعد الادارية العرفية في اهم مجالات القانون الاداري .

المصــادر

١ ـ Lefebvre : La coutune comme source de droit Français Contemporaine, Thèse, Lille, 1906, P.16.

٢ ـ عبد الحي حجازي : المدخل لدراسة العلوم القانونية ، الكويت ، ٩٧٢ ، دار النهضة العربيــة ، ص٣٢ .

٣ ـ د. صوفي ابو طالب : مبادىء تاريخ القانون ، ٩٦٧ ، دار النهضة العربية ، ص٣٢ وما بعدهـا .

٤ ـ مصطفى احمد الزرقا : المدخل الفقهي العام في الحقوق المدنية ، دمشق ، مطبعة جامعة دمشق ، ج٢ ، ط٧ ، ص٨٣٤ وما بعدها .

٥ ـ د. بكر القباني : العرف كمصدر للقانون الاداري ، ٩٧٦ ، دار النهضة العربية ، ص٥ و ص٤٧ ـ د. سمير تناغو : النظرية العامة للقانون ، ٩٧٤ ، منشأة المعارف في الاسكندرية ، ص٤٩٠ ومـا بعدهـا .

٦ ـ مصطفى احمد الزرقا : المدخل الفقهي العام ، ٨٤٧ وما بعدها .

٧ ـ د. سليمان مرقس : المدخل للعلوم القانونية ، الطبعة العالمية ، ٩٦٧ ، ص٢١٧

٨ ـ مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري الحالي ، ج١ ، الباب التمهيدي وزارة العــدل ، ص١٨٧

٩ ـ د. رزق الله الانطاكي : الوسيط في الحقوق التجارية البرية ، ج٢ ، الطبعة التعاونية ، دمشــق ، ٩٦٤ ، ص٢٥

١٠ ـ د. حامد سلطان : القانون الدولي العام في وقت السلم ، ط٤ ، القاهرة ، دار النهضة العربية ، ص٤٥ وما بعدها .

١١ ـ نعوم السيوفي : الحقوق الدولية الخاصة ، ٩٦٦ ، جامعة حلب ، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية ، ص٧٩

١٢ ـ محمد كامل ليلـه : القانون الدستوري ، القاهرة ، دار الفكر العربي ، ٩٧١ ، ص٢٥ ومـا بعدهـا .

De Belmas : La pratique administrative comme source de droit, Thèse, Toulause, 1932, P. 5 et S. — ١٣

وهو يرى ان العوامل التي تساعد على انشاء العرف الاداري هي : عدم كفاية التشريعات الادارية ـ السلطة التقديرية للادارة ـ مسؤولية الادارة عن تنفيذ القوانين وادارة المرافق العامة ـ مساواة المواطنين امام لقانون ـ تحقيق الاستقرار .

١٤ ـ ١ ـ نعوم السيوفي : امالي ومحاضرات في الحقوق الادارية ، كلية الحقوق جامعة حلب ، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية ، ٩٦٤ ، ص٥٠ ـ د. عدنان العجلاني : القضاء الاداري ومجلس الدولة ، جامعة دمشق ، ٩٥٩ ، مطبعة جامعة دمشق ، ص٢٥ ـ د. ادوار عيد : رقابة القضاء العدلي على اعمال الادارة ، بيروت ، ٩٧٣ ، ص٥٤ وانظر :

Debbach (Charles) : Droit administratif, Paris, edition Cajas, 1971; P. 14.

Paul Duez et Gay Debeyer : Traite de droit administratif, Paris, Dalloz, 1970; P. 1 etS.

ب ـ Stassinopoulos : Traité des actes administratifs, Recueil Siery, 22 Rue suffat Paris, 1954, P. 111.

١٥ ـ د. محمد فؤاد مهنا : مبادىء وأحكام القانون الاداري في جمهورية مصر العربية ، مؤسسة الجامعة ، الاسكندرية ، ص٦١ ، وهو يرى ان اهمية العرف في القانون الاداري ثانوية الى حد كبير .

ـ د. خالد عريم : القانون الاداري الليبي ، دار صادر ، بيروت ، ٩٦٩ ، ج١ ، ص١٢٧ ، وفي رأية ان دور العرف الاداري ضعيف بسبب تبدل وتشعب النشاط الاداري ، وهذا ما يتعارض مع طبيعة تكوينه .

ـ د. محمد كامل ليله : مبادىء القانون الاداري ، الكتاب الاول ، ط١ ، دار النهضة العربية ، ٩٦٨ ، ص٤٢٤ ، وهو يرى ان العرف الاداري وان كان غير منكور ، فهو ـ عملا ـ غير مذكور .

ـ عبد الحميد حشيش : مبادىء القضاء الاداري ، مجلد أول ، ٩٧٥ ، دار النهضة العربية ، ص٨٥ وانظر :

Rivero (Jean) : Droit administratif, 4 ed, Dalloz, Paris, 1970, P. 70.

والعبارة الوحيدة التي ظفر بها العرف الاداري من هذا الفقيه هي :

en droit administratif la coutume est pratiquement negligeable.

ـ فالين : مطولة في القانون الاداري ، ط٥ ، داللوز ، ص١١٣ ، وقد وصف العرف الاداري بأنه :

Jaue eu assez faible rôle en droit administratif.

١٦ ـ د. بكر القباني : العرف كمصدر للقانون الاداري ، ص٩

١٧ ـ د. بكر القباني : العرف كمصدر للقانون الاداري ، ص٩

١٨ ـ مؤلف الدكتور بكر القباني : العرف كمصدر للقانون الاداري ، ومؤلف كل من :

De Belmas : La pratique administrative, op, cit.

Reglade (Marc) : La coutume en droit public interne.
Thèse, Bordeux, 1919.

١٩ ـ د. بكر القباني : العرف كمصدر للقانون الاداري ، ص١٠

٢٠ ـ انظر في ذلك حكم محكمة القضاء الاداري في مصر الصادر في ٢٢ يونيه ٩٥٧ ، المجموعة ، حكم رقم ٢١٦ ، ص٤٩٦ ، س١١ ، وقد جاء فيه « العرف هو درج الناس على قاعدة معينة واتباعهم اياها في معاملاتهم وشعورهم بضرورة احترامها ، وهو بعبارة اخرى ، استمرار العمل بقاعدة معينة مع الاعتقاد بالزامها وعدم الخروج عليها .

فاذا ما اختط الناس لانفسهم سنة معينة وقاعدة محددة لتنظيم روابطهم ، ثم اطرد اتباع هذه السنة وثبت وتقادم وعم وانتشر ، تحت ضغط الحاجات والميل الى المالوف وحب التقليد ، واستقر في الاذهان الشعور بلزومها وضرورة احترامها وتوقيع الجزاء على من يخالفها ، تولدت هنالك قاعدة قانونية مصدرها العرف » .

٢١ ـ د. بكر القباني : العرف كمصدر للقانون الاداري ، ص١٠

٢٢ ـ Stassinopoulos : Traité des actes adm, op, cit; P. 204

وهو يرى ان الادارة الحسنة كثيرا ما تلجا الى وضع الضوابط .

٢٣ ـ د. عبد الفتاح حسن : التفويض في القانون الاداري وعلم الادارة العامة ، دار النهضة العربية ، ٩٧٠ـ٩٧١ ، ص١٩٤ ، وقد اظهر دور الاستقرار في ارساء تقاليد الادارة وبناء قيمها .

٢٤ ـ د. محمد عصفور : نظرية الضبط الاداري ، القاهرة ، دار النهضة العربية ، ٩٦٨ ، ص٣٧٨ ، وقد تعرض الى خطورة ربط فكرة الضبط الاداري بالعرف .

٢٥ ـ سعد عصفور : القانون الدستوري ، الاسكندرية ، دار المعارف ، ٩٥٤ ، ط١ ،

ص٦٧ وما بعدها ، وقد عرض لمختلف هذه الاتجاهات واثرها على بنية العرف وشروطه ، وفي النهاية ، فقد أخذ بالمنهج المعتدل .

٢٦ ـ د. عبد الحي حجازي : المدخل لدراسة العلوم القانونية ، ص٢٤

٢٧ ـ د. عادل سيد فهيم : القوة التنفيذية للقرار الاداري ، القاهرة ، الدار القومية للطباعة والنشر ، ٩٧٠-٩٧١ ، ص١٣١

وقد اقام دراسته للكتاب المذكور على أساس هذا التقسيم .

٢٨ ـ François Geny : Methodes d'interpretation et sources en droit privè Positif, Paris, T.2, 1954, 2 ed, Librairie general de droit et Jurisprudence.

وقد أخذ الفقيه المذكور بهذا التقسيم .

فصل تمهيدي

في القاعدة العرفية

مقدمة :

ان تقدم اي علم من العلوم رهين بضبط الألفاظ الدالة على هذا العلم(١) . او كما عبر عن ذلك احد الفقهاء بقوله « ان تكون الافكار وثيق الصلة بوضوح الالفاظ المعبرة عنها ، وان معنى قولنا عن علم معين انه تطور وتقدم ، هو أن ذلك العلم قد ضبط لغته ضبطا محكما عن طريق تفسير الفاظه او بجعل الالفاظ القائمة أكثر دقة وتحديدا »(٢) .

ولا حاجة للقول ان القانون يواجه كثيرا من الافكار غير المحددة ووظيفة علم القانون توضيح مقومات هذه الافكار ثم تنقيتها مما علق بها من الشوائب أو اقحم عليها من الافكار الغريبة .

ويمكن القول ان الظاهرة العرفية تعتبر في حد ذاتها عويصة ومعقدة(٣) ، وقد فهمت فهما متباينا تبعا للنظم والاتجاهات القانونية ، بحيث تبدو للوهلة الاولى انها ليست ذات كيان قانوني يضفي عليها التحديد والتماسك .

واذا كان من غير الجائز اغفال الصعوبات التي تعترض تحديد هذه الفكرة فان هذا لا يمنع من تحديدها ، مثلها في ذلك مثل الكثير من الافكار القانونية المرنة التي انبرى علم القانون لتحليلها وتحديد مقوماتها .

هذا وسنقسم الفصل المذكور الى عدة ابحاث نتكلم في البحث الاول عن مظاهر اختلاط العرف ببعض الافكار القانونية ، ثم نتكلم في البحث الثاني عن المدلول العام للظاهرة العرفية على ان نتكلم في البحث الثالث عن المدلول الفني للعرف الاداري .

البحث الأول

صعوبة تمييز القاعدة العرفية

يرى احد الفقهاء « انه من الصعب ضبط حدود الظاهرة العرفية التي هي جد تلقائية ومتنوعة وعلى قدر كبير من المرونة في تطبيقاتها »(٤) .

ونعتقد ان اولى الصعوبات التي تعترضنا في تحديد هذه الظاهرة كثرة الاتجاهات التي تصدت لتفسيرها .

واذا كان من غير المناسب التعرض في هذه المقدمة الى هذه الاتجاهات، فمما لاشك فيه « ان تفسير القاعدة العرفية أو تحديد طبيعتها أو التعريف بها أو تحديد اركانها وعناصرها يختلف تبعا للزاوية التي ننظر منها الى الموضوع ، اي هل ننظر اليه من زاوية الاتجاهات المتطرفة شكلية كانت أم موضوعية »(٥) .

زد على ذلك فبعض الفقهاء ينظر الى هذه الظاهرة من زاوية التكرار دون البحث في مضمون هذا التكرار الذي يميز العرف القانوني من مجرد العادات الاجتماعية .

ولاشك ان هذا المعيار من الاتساع : Critère trop large الأمر الذي يجعل العرف مجرد فكرة واقعية : Notion de Fait ، يدخل في مضمونها التقاليد القضائية واجماع الفقه والتعامل الذي ينشأ خارج القضاء(٦) .

ومن الأسباب التي تدعو الى هذا الخلط ان العادة تنشأ بصورة غير محسوسة وانها تقترب رويدا رويدا من العرف ، وما هي الا خطوة واحدة حتى تنفصل عن ارادة الأفراد لتصبح قاعدة قانونية ملزمة(٧) ، وبذلك يصبح من العسير وضع الخط الدقيق الذي يفصل العادة عن القاعدة القانونية الملزمة .

هذا وسأعرض الى مظهري اختلاط العرف بالأفكار القانونية الأخرى ، اي المظهر المادي (الموضوعي) ، والمظهر اللفظي ، حيث أتطرق الى كافة المصطلحات والدلالات اللفظية التي اطلقت عليه ، ثم انتهي من ذلك الى اجراء تقييم عام يحدد المصطلحات الفنية والعلمية التي تعبر عن حقيقة هذه الظاهرة .

الفرع الأول

الخلط الموضوعي

ويقصد من ذلك توحيد النظام القانوني لكل من العرف والافكار الاخرى التي تختلط به(٨) .

ويمكننا ان نضرب مثالا على ذلك فيما قررته محكمة النقض المصرية من ان اثبات العرف امر من امور الموضوع التي لا شأن لمحكمة النقض فيه(٩) .

فهذا الحكم اعطى للعرف حكم العادة مع ان الفرق بينهما واضح من حيث الطبيعة والجوهر ، اذ العرف مسالة من مسائل القانون : quostio - juris اما العادة فمجرد مسألة واقعية من مسائل الموضوع .

ومن صور الخلط الموضوعي اعطاء العرف مدلولا متسعا يشمل كل قاعدة قانونية تنشأ خارج التشريع : extra legislative .

ووفقا لهذا المدلول فالعرف يشمل العادات واحكام المحاكم واجماع الفقه ـ وآراء الفقه ، ثم المباديء العامة للقانون(١٠) .

ومن مظاهر هذا الخلط اعتبار العرف الاداري نوعا من انواع اللائحة ـ لائحة فعلية(١١) ، مع العلم ان الفارق واضح بين الظاهرتين المذكورتين .

ولقد لاحظنا ان بعض الفقهاء يوحد الحكم القانوني لكل من العادات غير الملزمة والاعراف المقررة(١٢) ، في حين ان الفارق بينهما واضح في الطبيعة والجوهر ، اذ العادة لا تلزم الا في حدود الاتفاق ، وبالعكس فالزام العرف خارج حدود الاتفاق(١٣) .

الفرع الثاني

الخلط اللفظي

لاشك انه اذا ما قام علم من العلوم باطلاق لفظة معينة على مسمى ، فهذا المصطلح الوضعي هو الواجب الاتباع « اذ لا يصح الوقوف عند الاصول اللغوية للكلمات متى خرجت على مدلولاتها ، والقول بغير ذلك يتعارض مع وجوب الاعتراف لكل علم بالقدرة على تحديد معان ومدلولات خاصة للكلمات خلافا للمعاني الأصلية »(١٤) .

ولقد لاحظنا انه أطلق على العرف والعادة مصطلحات متعددة ومتباينة ، لذلك كان لابد من استعراض هذه المصطلحات ، ثم نقدها وتحليلها والانتهاء اخيرا الى تحديد المصطلحات التي تتفق مع طبيعة الظاهرتين المذكورتين ، وكما يتضح من التفصيل الآتي :

ـ تستعمل في سورية ولبنان عبارة « تعامل الادارة » بمعنى العرف الاداري الملزم(١٥) . ونعتقد ان هذه العبارة ذات دلالة موسعة وتستوعب قسما من تعامل الادارة الذي لا يتوفر به ركن الالزام القانوني .

وهذه الملاحظة صحيحة بالنسبة لاستعمال مصطلح « ما جرى عليه العمل » ، او القاعدة المرعية(١٦) .

ـ اطلق بعض الفقهاء مصطلح التقليد : Tradition على العرف الاداري الملزم(١٧) ، ومن المعلوم ان هذا المصطلح يختلف في دلالته عن العرف الملزم ذي المعنى العلمي والفني ، اذ يكفي بالادارة ان تكرر عملا حتى يتوفر به شرط التقليد ، وسواء أكان الامر المتكرر عملا قانونيا ، ام ظاهرة اجتماعية (التقاليد الاجتماعية) . وعلى العكس ، فقد ترد عبارة « العرف » بمعنى التقاليد الاجتماعية ، وقد تردد هذا الاستعمال في بعض احكام القضاء المصري ، وفي بعض النصوص القانونية(١٨) .

ـ لاحظنا كثرة استعمال لفظة « العادة » بمعنى العرف والعكس ، وقد تردد هذا الاستعمال على صعيد عمل القضاء ، والنصوص التشريعية(١٩) ، كما وقع في هذا الخطأ مجمع اللغة العربية في مصر(٢٠) ، وبعض المعاجم اللغوية الأجنبية(٢١) .

ـ اطلق بعض الفقهاء لفظة « العرف المقرر » على العادات التي يحيل اليها المشرع(٢٢) ، ولاشك ان هذه الاحالة تعوض العادة ما يعتورها من النقص في ركنها المادي ، ومن ثم فالعادة تستمد قوتها الملزمة من التشريع لا من القوة الذاتية للعرف والأصح تسميتها قاعدة تشريعية مفسرة (تفسير ارادة الأطراف) ، وليس عرفا مقررا(٢٣) .

ـ استعمل بعض الفقهاء عبارة « العرف الاتفاقي » بمعنى « العادة الاتفاقية »(٢٤) ، كما اطلق بعضهم على هذه العادة الاتفاقية عبارة « العادة العرفية »(٢٥) ، واخيرا فقد وجدنا من يطلق مصطلح « العرف القانوني » على العرف الملزم(٢٦) .

ـ اطلق بعض الفقهاء عبارة « العادة الادارية: usage volontaire ، قاصدا الاشارة الى ان العادة تنشأ من الأعمال الارادية غير العقدية(٢٧) .

ـ استعمل بعضهم لفظة : usage بمعنى العرف بعد ان قرنها بالوصف : ancient ، ولقد لاحظنا ورود هذا الاستعمال في بعض احكام مجلس الدولة الفرنسي(٢٨) .

ـ استعمل بعضهم عبارة « قانون الاجداد » ، او القاعدة الشعبية : droit populiaire بمعنى العرف(٢٩) .

ونعتقد ان هذا الاستعمال تأثر بآراء المدرسة التاريخية التي ترد اساس

القاعدة العرفية الى الضمير الشعبي ، وطبعا فهذه التسمية لا تنسجم مع روابط القانون الاداري التي هي نتاج ارادة الادارة .

ـ اطلق بعض الفقهاء مصطلح: la coutume على العرف كمصدر للقانون، كما استعملت عبارة : droit coutumière على القاعدة الناشئة من العرف ـ المصدر[٣٠] ، ومن جهة اخرى فقد أطلق بعضهم عبارة التكوين العرفي ترجمة ـ لعبارة : coutumièr formation ؛ أي لعبارة القاعدة العرفية[٣١] .

ـ لاحظنا ان بعضهم يطلق لفظة : la coutume على العرف الآمر مقابل اطلاق عبارة « عادة اتفاقية » على العرف المقرر[٣٢] .

ـ لاحظنا ان بعض الفقهاء وبعض احكام المحاكم تستعمل عبارة « روتين » بمعنى العرف الاداري[٣٣] .

ان التصدي لاي بحث علمي انما يجب التمهيد له بتحديد المصطلحات الهامة فيــه ، وقديما ردد سقراط قوله المشهور « حــدد معــاني الألفــاظ التي تستعملها » .

ويتضح مما سبق تعدد اشكال اختلاط ظاهرة العرف ببعض الظواهر القانونية ، وانعكاس هذا الاختلاط جليا على الالفاظ والتعابير القانونية ، مما يستوجب الوقوف عند الالفاظ الدالة على العرف وعلى الأفكار التي تشتبه به .

ولمزيد من ذلك نبدي الملاحظات الآتية :

ويمكن القول ان هذه الاوصاف خاصة وعرضية وغير متوفرة في كافة القواعد العرفية ، ومن خصائص التعريف الارتفاع عن التفاصيل ، ومحاولة بلورة «النموذج» الذي يجسد كل ماهو ثابت واساسي في كل قاعدة عرفية(٢٤).

فوصف العرف بانه شعبي وصف يتعلق بالوسط الذي ينشأ فيه العرف ، وهو وسط يتسع لنشوء قواعد اخرى: قواعد المجاملات ، قواعد الاخلاق الخ..

ونفس الشيء بالنسبة لوصف العادة بانها قديمة ، فهذا الوصف قد لا يقترن بكافة القواعد العرفية ، لان بعض قواعد القانون العام

القاعدة العرفية الى الضمير الشعبي ، وطبعا فهذه التسمية لا تنسجم مع روابط القانون الاداري التي هي نتاج ارادة الادارة .

ـ اطلق بعض الفقهاء مصطلح: la coutume على العرف كمصدر للقانون، كما استعملت عبارة : droit coutumière على القاعدة الناشئة من العرف ـ المصدر[٣٠] ، ومن جهة اخرى فقد اطلق بعضهم عبارة التكوين العرفي ترجمة لعبارة : coutumièr formation ، اي لعبارة القاعدة العرفية[٣١] .

ـ لاحظنا ان بعضهم يطلق لفظة : la coutume على العرف الأمر مقابل اطلاق عبارة « عادة اتفاقية » على العرف المقرر[٣٢] .

ـ لاحظنا ان بعض الفقهاء وبعض احكام المحاكم تستعمل عبارة « روتين » بمعنى العرف الاداري[٣٣] .

تقييم

ان التصدي لاي بحث علمي انما يجب التمهيد له بتحديد المصطلحات الهامة فيه ، وقديما ردد سقراط قوله المشهور « حدد معاني الالفاظ التي تستعملها » .

ويتضح مما سبق تعدد اشكال اختلاط ظاهرة العرف ببعض الظواهر القانونية ، وانعكاس هذا الاختلاط جليا على الألفاظ والتعابير القانونية ، مما يستوجب الوقوف عند الالفاظ الدالة على العرف وعلى الافكار التي تشتبه به .

وعلى ضوء ذلك فاننا نسجل الملاحظات الاتية :

١ ـ لا مجال لتحديد العرف من خلال اضافة بعض الالفاظ الى العادة ، فنقول مثلا : العادة القديمة وقانون الأجداد ، او القاعدة الشعبية .

ويمكن القول ان هذه الأوصاف خاصة وعرضية وغير متوفرة في كافة القواعد العرفية ، ومن خصائص التعريف الارتفاع عن التفاصيل ، ومحاولة بلورة «النموذج» الذي يجسد كل ماهو ثابت واساسي في كل قاعدة عرفية[٣٤] .

فوصف العرف بانه شعبي وصف يتعلق بالوسط الذي ينشأ فيه العرف ، وهو وسط يتسع لنشوء قواعد اخرى: قواعد المجاملات ، قواعد الأخلاق الخ . .

ونفس الشيء بالنسبة لوصف العادة بأنها قديمة ، فهذا الوصف قد لا يقترن بكافة القواعد العرفية ، لاسيما قواعد القانون العام .

٢ ــ ان مصطلح « التعامل الاداري » قد لا يفيد الالزام ، وذلك بسبب عمومه ، هذا فضلا عن انه يفيد من الناحية اللغوية « المشاركة » ، ومن الممكن ان يستوعب العادة الادارية القائمة على الأعمال الانفرادية التي هي محور العرف الاداري ، والتي نفضل ان نطلق عليها عبارة « عمل الادارة » بدلا من تعامل الادارة(٢٥) .

ونفس الشيء بالنسبة لمصطلح « الروتين » او مصطلح « ما جرى عليه العمل » ، فهذان المصطلحان من الاتساع الأمر الذي يشمل أعمال الادارة المادية والقانونية .

٣ ــ نعتقد ان المصطلحات : العرف الاتفاقي ــ العادة العرفية ــ العرف القانوني ، هذه المصطلحات غير محكمة .

فالعرف يمكن ان يوصف بانه اتفاقي ، بل له قوته الذاتية المستقلة عن كل اتفاق ، اما وصفنا له بانه قانوني ، فهو وصف زائد لان العرف يحمل في ذاته هذا الوصف .

واخيرا فان مصطلح العادة العرفية يجمع بين حقيقتين مختلفتين في الطبيعة والجوهر .

٤ ــ لا يمكن تقسيم قواعد العرف الاداري الى قواعد آمرة واخرى مقررة لأن الادارة تترخص في انشاء هذه القواعد ، وبالتالي فلا مجال هنا لاطلاق تعبير : droit coutumière على الاعراف الآمرة واطلاق عبارة: la coutume على الاعراف المقررة ، بل من الضروري توحيد التعابير المعبرة عن روابط العرف الاداري بسبب وحدة الطبيعة في هذه القواعد .

وعلى ضوء ذلك ، فاننا نرى اطلاق لفظة : la coutume على العرف كمصدر للقانون الاداري ، واطلاق لفظة : droit coutumière على القاعدة العرفية الناشئة من السلوك المطرد .

اما بشأن التكرار غير الملزم فالافضل اطلاق لفظة usage على العادة الادارية الناشئة من تكرار القرارات الادارية ، واطلاق عبارة عادة اتفاقية : usage conventionnelle على العادة التي هي محل اتفاق الاطراف .

نعتقد ان هذا الاختلاط مرده الاضطراب في تحديد الظاهرة العرفية تحديدا سليما ، ولهذا كان لابد من تحديد المفهوم العام للعرف ، ثم نردف ذلك بمحاولة تحديد المفهوم الخاص للعرف الاداري ، وذلك بتحديد ماهيته والتعريف به .

المبحث الثاني

المدلول العام للظاهرة العرفية

عرضنا لصور اختلاط العرف بالظواهر القانونية الاخرى ، ومظاهر اشتباهه بها . ونعتقد ان الاضطراب في المعيار المتبع هو الذي قاد الى الاضطراب في ذلك ، والقضية – في نظرنا – تتراوح بين المدلول الموسع : lato sensu وبين المدلول الخاص او الضيق : stricto - sensu .

ويمكن القول ان أصحاب المعيار الموسع ينظرون الى العرف كصيغة عامة ، او كنظام للتكرار ايا كان هذا التكرار ، ودون التفريق بين الوعاء : contenant وبين المضمون : contenu .

والمعيار المذكور يقترب من المعيار اللغوي ، اذ العادة لغة تعني مباشرة الشيء ثانية او الرجوع اليه(٣٦) ، كما يقترب من المفهوم الاجتماعي للعرف ، فالعرف يمثل الحلول التي يواجه بها الأفراد نفس المشاكل ، أو هو عادات الحياة اليومية(٣٧) .

وهذا المعنى الثابت في كل ظاهرة عرفية يعطي العرف معنى القاعدة ، اذ القاعدة – مطلق قاعدة – تعني النظام ، اما العرف القانوني فيعني النظام أولا ، كما يعني فرض هذا النظام .

وهذا المعنى الخاص للعرف يتردد في كافة الأنظمة القانونية :

– فالمفهوم المدني للعرف ينصرف الى العادة الملزمة قانونا ، اي « العادة التي تتأصل الى حد الالزام بسبب اطراد الأفراد على حكم معين مع شعورهم بانه ملزم قانوني ، على أن تكون لهذه العادة صفة العموم : generalitè والثبات : constance والقدم : ancienneté »(٣٨) .

– والمفهوم الدستوري للعرف يفترض « جريان الهيئات الحاكمة على عادة معينة في موضوع من موضوعات القانون الدستوري مع قيام الاحساس في ضمير الجماعة بوجوب احترام هذه العادة باعتبارها قاعدة قانونية ملزمة »(٣٩) .

والمفهوم الدولي للعرف « هو مجموع الأحكام القانونية الناشئة من تكرار التزام الدولة في تصرفاتها مع غيرها في حالات معينة بوصفها قواعد ثبت لها في اعتقاد الدول المتحضرة وصف الالزام القانوني »(٤٠) .

ويتضح من التعاريف السابقة ان هذه الظاهرة تمتد الى كافة فروع القانون في صورة تطبيقات خاصة يفرضها الوسط القانوني ، وان كان هذا التعدد يخفي

وحدة عميقة تكمن وراء هذه الانعكاسات وتجمع مختلف اشكال الظاهرة العرفية. ولكن اذا كان هذا هو المعنى العام الذي يربط القاعدة الادارية العرفية بالظاهرة العامة للعرف(٤١) ، فما هو المدلول الخاص لهذه القاعدة .

البحث الثالث

المدلول الفني للعرف الاداري

تمهيـد

اذا كان الالتزام باعتبارات المنطق المجرد أن ينبري الباحث الى التعريف بالظاهرة بعد الانتهاء من موضوع بحثه ، حيث يبلور من خلال التعريف كافة ما أدى اليه البحث من نتائج ، اذا كان الأمر كذلك فان الاعتبارات العملية قد تدفع الى التضحية بالاعتبارات المنطقية الصرف ، وتحدو الى ان يستهل الباحث عمله بتعريف يؤطر الموضوع ويوجه ابحاث الدراسة وجوانبها المختلفة .

والتعريف ليس شرحا مفصلا للظاهرة ، وانما محاولة لضبط مقومات الشيء المعرف واسقاط كل ما هو عرضي وطاريء(٤٢) .

والمثال على ذلك التعريف بالعرف بانه قاعدة غير مدونة(٤٣) ، وتعريف احد فقهاء الشريعة الاسلامية له بانه « ما استقر في النفوس من جهة المعقول ، وتلقفته الطبائع السليمة بالقبول »(٤٤) .

وصياغة التعريف من اشق الأمور ، وقد اثر عن الرومان قولهم : ان التعريف أمر خطير .

وفي هذا الصدد قال احد الفقهاء « اذا كان من الصعب التعريف بالزمن فان ما هو اصعب من ذلك تعريفنا بالقاعدة العرفية »(٤٥) .

والتعريف من عمل الفقه ، ويجب أن ينطلق من الخصائص الذاتية للظاهرة لا من آراء المشرع التحكمية ، ذلك ان القانون ارادة وحكم ، أما التعريف فمهمته الكشف عن العناصر المكونة للظاهرة ، وتلك من متعلقات علم القانون(٤٦) .

اما مادة التعريف فيجب استقاؤها من كافة مظانها : تعاريف الفقهاء ـ احكام المحاكم الادارية .. الخ ...

هذا ويمكننا ان نسجل ـ بصورة عامة ـ على التعاريف المتعلقة بالعرف الاداري الملاحظات الآتية :

ـ ان بعض التعاريف اشرب بروح الفقه المدني(٤٧) ، مغفلة الطبيعة الذاتية للعرف الاداري .

ـ ان الفقه والقضاء الاداريين لم يعيروا هذه الظاهرة الاهتمام الكافي ، وهكذا فقد وجدنا هذه التعاريف مجتزاة غير جامعة أو مانعة ، بل هي اقرب الى « الاشارات السريعة او اللمحات القصيرة »(٤٨) ، كتعريفنا بالعرف الاداري بأنه « العادات المتبعة في كل مرفق فيما يتعلق بتصريف شؤونه »(٤٩) .

ـ لاحظنا تأثر التعاريف بالاتجاهات الفقهية ، كما يتضح من التعريف الذي ربط العرف الاداري بالمرفق العام ، وكالتعاريف ـ التي سنعرض لها ـ والتي اعتبرت السلطة الادارية حجر الزاوية في التعريف .

وحيال ذلك فقد رأيت من المناسب نقد وتحليل بعض هذه التعاريف ، ثم التعرض بعد ذلك الى الأسس العامـة التي سنعتمدها في التعريف بالعرف الاداري ، كل ذلك كارهاص لتقديم التعريف المناسب .

الفرع الأول

نقـد وتحليـل بعض التعـاريف المتعلقة بالعرف الاداري

القانون ولاشك ـ شكل ومضمون ، وهذان العنصران ، متضايفان ، متكاملان ومتلازمان ، ولا يستطيع اي منهما أن يستقل عن الآخر ، ومن ثم فان اية دراسة للنظرية العامة للقانون ، او النظرية العامة للعرف ، انما يجب ان تعول على هذين العنصرين .

وباستقراء عدد من التعاريف المتعلقة بالعرف الاداري ، يتضح ان بعضها ركز على الجانب الشكلي ، في حين ركز بعضها الآخر على الجانب الموضوعي .

وعلى هذا الأساس فسنعرض لبعض التعاريف بالعرف الاداري ، حيث سنقوم بنقد هذه التعاريف ، ثم ننتهي الى وضع التعريف المناسب .

اولا : نقد العنصر العضوي في التعريف بالعرف الاداري

العرف الاداري وليد نشاط الادارة ، ومن الصعب تصور وجوده خارج السلطة الادارية ، او كما عبر عن ذلك بعض الفقهاء بقوله « اذا كان الاعتيـاد المدني ، يصدر عن جهة الأفراد ، وكان الاعتياد الدستوري يصدر عن السلطة الحاكمة ، فان الاعتياد الاداري لا يمكن أن يصدر الا عن السلطة الادارية »(٥٠) .

ورغم ذلك فقد نطقت بعض الأحكام القضائية بعكس ذلك ، فالعرف في نظرها « لا ينشأ من تعامل الادارة بصفتها سلطة عامة صاحبة اختصاص وقصد في انشاء قاعدة قانونية، وانما ينشأ من الاستعمال الشعبي استعمال الناس »(٥١) .

وبالاضافة الى ذلك ، فقد وجدنا من صور الادارة تصويرا عاما ، فالعرف الاداري هو « سير الادارة على منوال او هو سلوك الادارة »(٥٢) .

ولكن هل يكفي أن نقول ان العرف ينشأ في الادارة أو في (جهة الادارة)(٥٣) ، او في قسم او وحدة ادارية(٥٤) ، ام يرتبط بالمرفق الاداري حسب التعريف السابق . نعتقد ان الادارة ــ ركن العرف الاداري ــ هي السلطة الادارية(٥٥) ، وبالمقابل فليس لكل جهة ادارية ان تنشيء العرف الاداري ما لم تكن مختصة في اصدار التصرفات والأعمال الادارية المؤثرة في النظام القانوني .

ثانيا : نقد العنصر الموضوعي في التعريف بالعرف الاداري

وهذا العنصر لا يقل قصورا عن العنصر العضوي .

فالعرف الاداري هو :

- سلوك الادارة في مسألة معينة(٥٦) .
- سير الادارة على منوال معين ، او نمط معين ، او اتباع الادارة لاسلوب معين(٥٧) .
- جريان السلطة الادارية على اتباع قاعدة(٥٨) .
- العرف الاداري هو عادة متعلقة بتصريف شؤون المرفق(٥٩) .

وطبعا فلا يكفي القول : ان العرف ينشأ من سلوك الادارة ، او من اتباعها اسلوب معين ، بل يجب تحديد هذا السلوك ، أو النمط ، وما اذا كان ينشيء اثرا في النظام القانوني أم لا .

ونفس الشيء بالنسبة لقولنا ان العرف الاداري ينشأ من اتباع الادارة لقاعدة معينة ، فهذا التعريف لا يصور بدقة نشوء العرف الاداري ، ولا يعبر عن مراحل انتقاله من حالة التطبيقات الفردية الى مرحلة التجريد القانوني .

ثالثا : نقد التعريف السلبي للعرف الاداري

صورت بعض التعاريف العرف الاداري بصورة سلبية ، فلم تنطلق من خصائصه الذاتية ، وانما من الصفة المناقضة للقواعد المسنونة .

فالقواعد الادارية العرفية هي « القواعد غير المكتوبة التي تتكون من جراء العادات التي تلتزمها الادارات العامة في مجال الشؤون الادارية المختلفة »(٦٠) .

وطبعا فهذا التعريف ان كان يميز العرف من التشريع الا انه لا يميزه من المصادر غير المكتوبة »(٦١) .

والخلاصة انه من الصعب ربط العرف بعدم الكتابة لسبب بسيط هو انه من الممكن تدوين العرف دون ان تتغير طبيعته(٦٢) ، وبالعكس فقد يكون للعرف اصل كتابي، كأن تلتزم الادارة تطبيق مشروع لائحة لم يقيض له فرصة الاصدار، تلتزم ذلك في التطبيقات الفردية فتصبح قاعدة ادارية فردية .

رابعا : نقد التعريف بالعرف الاداري على اساس غايته وموضوعه

لوحظ ان بعض التعاريف تعرف العرف الاداري بغايته ، اي « ارتباطه بالشؤون العامة الادارية التي تباشرها الادارات المختلفة وتعلقه بالصالح العام »(٦٣) ، كما ان بعض التعاريف تعرفه بموضوعه وهو « تسيير حركة العمل او تنظيم المرافق العامة »(٦٤) .

وفريق ثالث يعرفه لجهة وظيفة اكمال النصوص القانونية ، اذ العرف الاداري هو « ما جرت عليه السلطة الادارية من قواعد دون ان يكون لها اساس في النصوص التشريعية »(٦٥) .

ونعتقد انه لا يمكن التعويل على هدف الصالح العام للتعريف بالعرف الاداري لسبب بسيط هو ان كافة القواعد الادارية تحقق هذا الهدف .

ونفس الشيء بالنسبة لتنظيم المرافق العامة او لاكمال النصوص ، فهاتان الوظيفتان لا تستغرقان كافة انشطة الادارة العامة .

خامسا : نقد التعريف بالركن المعنوي

على الرغم من اهمية هذا الركن في تكوين العرف الاداري ، فقد لاحظنا ان بعض التعاريف اسقط هذا الركن من الحساب .

فالعرف الاداري هو « النظام الذي تقرره جهات الادارة في صدد امر معين وتسير على سننه »(٦٦) .

وهو « اتباع السلطة الادارية المختصة لاسلوب معين في تسيير حركة العمل ، او في تنظيم ادارة المرافق العامة واستمرارها على اتباع هذا الاسلوب مدة من الزمن ، ينشيء قاعدة قانونية عرفية ملزمة »(٦٧) .

ومن جهة اخرى ، فبعض التعاريف يصور الادارة بأنها ملزمة بالقاعدة(٦٨)، مع العلم ان الادارة تلتزم بالقاعدة الادارية على سبيل الاختيار(٦٩) .

وبطبيعة الحال فقد اسقطت التعاريف السابقة دور الأفراد في انشاء العرف الاداري ، مع ان دورهم واضح ، كما سنحدد .

الفرع الثاني

الأسس التي يقوم عليها التعريف بالعرف الاداري

العرف الاداري ظاهرة خصبة ، ومن ثم فاذا ما حاولنا صياغة جزئياته في التعريف بدت امامنا صورة مشتتة العناصر متشابكة البنيان ، وهذا ما يتعارض مع وظيفة علم القانون كعلم معياري يتحرى صياغة نماذج تقوم على حكم أغلبي(٧٠) .

وعلى سبيل المثال ، فالعمل الاداري الذي ينشيء العرف ، قد يكون عملا ماديا أو قانونيا ، وبالنسبة للاشخاص المخاطبين بالقاعدة ، فقد يكون هؤلاء افرادا عاديين أو سلطات ادارية .

ونفس الشيء بالنسبة للسلطة الادارية التي تنشيء العرف ، فقد تتعدد السلطات ، او تكون جهة ادارية واحدة .

لهذه الأسباب ، فقد آثرت أخذ الصفة الغالبة واظهارها في التعريف ، وهذه الصفة ، هي وجود سلطة ادارية واحدة تنشيء السلوك وتتوجه به الى الأفراد العاديين .

وعلى ضوء الملاحظات المذكورة فاننا نقترح اقامة التعريف بالعرف الاداري على الأسس الآتية :

١ ـ الأخذ بمعيار الادارة كسلطة عامة صاحبة اختصاص في اصدار العمل الاداري الفردي ، ومن جهة اخرى اطراح المفهوم المادي الموسع الذي يربط العرف الاداري بنشاط الادارة ، او سيرها ، واطراح المفهوم العضوي الذي يربطه بالمرفق العام او بالادارة ، أو جهة الادارة ، وغير ذلك من التسميات غير المحددة .

٢ ـ ابراز العمل الاداري الفردي ، كمحور اساسي في انشاء العرف الاداري(٧١) ، وهذا ما يزيل الالتباس في امكان نشوء العرف الاداري من « اتباع مسلك واقعي »(٧٢) ، على اعتبار ان المسلك الواقعي ينشيء ظاهرة الروتين الاداري ليس الا .

٣ ـ ابراز دور الركن المعنوي .

٤ ـ ابراز التزام الادارة بالقاعدة المستخلصة من التكرار ، على اعتبار ان التزام الادارة الحر بالقاعدة هو الصفة الغالبة .

٥ ـ ابراز قبول الافراد بالقاعدة الناشئة من التكرار .

ومن خلال ذلك يمكننا صياغة التعريف الآتي :

العرف الاداري هو القاعدة التنظيمية الناشئة من تكرار السلطة الادارية المختصة لأعمال ادارية فردية ، واقتران هذه القاعدة بالتزام الادارة بها وقبول الافراد لحكمها .

البحث الرابع

استبعاد بعض الشروط من تكوين القاعدة الادارية العرفية

مقدمـة

القاعدة الادارية العرفية هي قاعدة قانونية اولا ، وهي في نفس الوقت قاعدة عرفية ، فهي تحمل خصائص القاعدتين المذكورتين .

وعلى هذا ، فلا مجال للتعرض الى هذه الخصائص التي تربط القاعدة الادارية العرفية بكل من القاعدة القانونية والظاهرة العرفية ، اذ نجد مظان ذلك في البحوث المتعلقة بالظاهرتين الأخيرتين .

وفي هذا البحث سنتناول مناقشة بعض العناصر من هذه الزاوية ، اي من زاوية كونها سمة خاصة في القاعدة العرفية أم لا ، وبالنتيجة استبعادها كشروط في تكوين هذه القاعدة .

والعناصر المذكورة هي :
عدالة القاعدة الادارية العرفية ـ معقوليتها ـ وضوحها ـ ذيوعها ـ شرط عدم الاكراه .

الفرع الأول

عدالة القاعدة الادارية العرفيـة

يرى بعض الفقهاء ان العرف لا يؤخذ به اذا كان مخالفا لقواعد العدل(٧٢) .

ولقد تضمنت بعض النصوص ضرورة مراعاة العرف لقواعد العدل(٧٤) .
فما هي قيمة هذه القيود ، وهل يمكن وضعها كشروط لنشوء العرف الاداري .

الاجابة على هذا السؤال انما تتحدد على ضوء علاقة العرف بالقانون ، وما اذا كان العرف مصدرا مستقلا له كيانه الذاتي والعكس .

وبصورة أوضح ، هل يستطيع النص ان يحدد دور العرف ، ويبين شروط وجوده ، ويحد من فعاليته الوضعية(٧٥) .

ونعتقد انه ليس من المحتم ان يكون الجواب ايجابا ، والا فما معنى كون العرف مصدرا قانونيا مستقلا ، هذا فضلا عن ان بعض الأنظمة القانونية « النظام الوضعي في فرنسا » ، لم تتضمن اية اشارة الى العرف ، ومع هذا فقد اقر للعرف القدرة على توليد الأحكام القانونية(٧٦) .

اما ما دعا اليه الفقه ، فالمعتقد انه لا يختلف عما سبق قوله لجهة تزيده وعدم ضرورته .

ذلك ان العدل هو جوهر القانون ، وجوهر القانون واحد بالنسبة لكافة صور التعبير عن ارادة الدولة(٧٧) ، ومن ثم لا يوجد اي مبرر للبحث بصفة مستقلة عن الأساس الفلسفي للعرف الاداري ، فهذا الأساس لا يختلف في العرف عنه في بقية المصادر القانونية .

« فقواعد العدل هي الدستور المثالي الذي ينبغي أن تقوم على اساسه القواعد الوضعية ، لكن هذا الدستور يقتصر على التوجيه والالهام بما يتضمن من أصول وموجهات مثالية تستلهمها القواعد الوضعية ، ومن ثم فقواعد العدل تتعلق بكمال القواعد القانونية ، وليست شرطا من شروط وجودها »(٧٨) .

ونعتقد ان القضية يجب أن تطرح ليس على اساس ان العدل شرط العرف، وانما على اساس ان العرف اداة قانونية ، تتميز من غيرها من القواعد في القدرة على تحقيق العدل .

فالعرف الاداري مثله مثل العرف في القانون الخاص يقوم على الرضا بالقاعدة ، وهو رضا يصل تقريبا الى حد الاجماع ، وهذا الرضا ـ ولاشك ـ يحقق العدالة لأن كل انسان يسعى الى تحقيق مصلحته ، وما يرتضيه الانسان هو الحق والعدل(٧٩) .

الفرع الثاني

معقوليـة القاعـدة الادارية العرفيـة

لقد حظي هذا الشرط باهتمام كبير من فقهاء القانون العام والخاص(٨٠) . والملاحظ ان بعض الفقهاء اعتبر المعقولية شرطا سلبيا في العادة(٨١) ، في حين ان بعضهم الآخر استلزم الشرط الأشد ، أي الشرط الايجابي الذي يقضي أن تكون العادة مطابقة للمعقول(٨٢) .

ويرى بعض الفقهاء « انه اذا كان شرط المعقولية امرا لازما في العرف بوجه عام ، فانه أكثر استلزاما في حدود الشرط السلبي للعادات الادارية ، وذلك حتى يمتنع على الادارات العامة الاعتياد على امور مخالفة للعقل ، لاسيما ان الاعراف الادارية تتعلق بالمصالح العامة »(٨٣) .

ونعتقد انـه لا مجال لوضـع هذا القيـد على نشوء العرف الاداري ، للأسباب الآتية :

١ ـ العرف ـ بصورة عامة ـ بعيد عن اللامعقولية ، فهو وليد التجربة ونتاج الزمن الطويل ، والأفراد يتبعونه بدافع الاحساس بضرورته والاستحسان لـه(٨٤) ، وتطبيق القاعدة فترة طويلة قرينة على اتفاقها مع المنطق والعقـل السليم أكثر مـن قاعدة اخرى ذات مظهر حسـن لم يثبت صمودهـا أمـام التجربة والحيـاة(٨٥) .

وباختصار فالمعقولية وصف يتعلق بحيوية القاعدة دون شرعيتها أو تكوينهـا .

٢ ـ اذا سلمنا بأهمية هذا الشرط فعندها يثور التساؤل عن هذه المعقولية وحدودها ، وهل تقوم على أساس مادي كافتراض بعضهم معقولية كافيـة بالعرف(٨٦) ، أم تقوم على أساس نفسي كاشتراط بعضهم الآخر ان يحظى العرف بقبول النفوس والطباع السليمة(٨٧) .

ان العنصر الحاسم في تكوين العرف هو ركن الرضا ، ومن ثم فاذا ما تحقق هذا الشرط ، فلا داعي للبحث عن موافقة العادة للعقل ، لان هذا الشرط من متعلقات ركن الرضا ، وهذا الركن يستقل في تقدير ملاءمة العادة وموافقتها للمنطق والعكس .

ونعتقد ان استقلال الرضا المنشيء للعرف في تقدير ملاءمة التصرف لا يختلف في العرف الخاص عنه في العرف الاداري .

فالادارة تتمتع بقسط كبير في ادارة المرفق ، والقيد الوحيد الذي وضعه القضاء الاداري على سلطة الملاءمة ، هو أن لا تتجاوز الحد الأقصى للمعقولية : extra limit rationnelle (٨٨) .

والافراد انفسهم يتمتعون بهذا التقدير ، وفي نظر احد فقهاء القانون الخاص « ان الشعب يترخص في تقدير شرط المعقولية ، ومن ثم يجب احترام توقعاته في حدود الممكن حتى ولو افترضنا ان هذه الأعراف ليست معقولة ، وان الضمير الوطني لم يكن موفقا حين انشائها ، وعلى القاضي أن يطيع الشعور المنتشر حتى ولو قدر انه زائف في صميمه الداخلي ، ومن ثم فانه من الحكمة قبول هذه الأعراف بدلا من احباط توقعات قررها مراس مستمر »(٨٩) .

٣ ــ ان اشتراط معقولية العرف كان نتيجة التأثر بمدرسة القانون الطبيعي التي تعتبر العقل اساسا للقانون : ratio - juris (٩٠) .

الا ان الراجح ان قواعد العقل لا تعدو ان تكون جوهر القانون او الأساس الفلسفي له ، ومن ثم ــ وباعتبارها وصفا عاما في كل قاعدة قانونية ــ فلا مجال لاعتبارها شرطا خاصا في القاعدة الادارية العرفية .

٤ ــ يرى بعض الفقهاء أن شرط المعقولية انما وضع لاستبعاد العادات والأعراف السيئة ، كعادة وأد البنات ، او الثأر التي تخالف المجتمع وتتناقض مع مبادئه العليا(٩١) .

ونعتقد ان هذا الراي صحيح ، وانه لا يمكن للعرف ــ مهما كانت صفته ــ ان يتعارض مع الأسس العامة للمجتمع ، ومن جهة اخرى ، فان هذا الشرط لا يصدق الا في حق العرف المحلي او الطائفي ، اذ قد يتصادم هذا العرف مع ما استقر في الجماعة من قواعد ، متعلقة بالنظام العام والآداب ، اما العرف الشامل فلا مجال للقول باشتراط موافقته للنظام العام والآداب العامة ، لانه هو نفسه يتكون في الجماعة ، ويساهم في تحديد النظام العام والآداب فيها(٩٢) .

الفرع الثالث

وضوح القاعدة الادارية

القواعد العرفية لا تفرغ في قوالب لفظية محددة، وانما هي معنى يستخلص

من التكرار ، وهـذا ما يفسح المجال لعـدم الدقة في ضبط معناها وتحديد عناصرها القانونية(٩٢) .

وعلى ضوء ذلك ، فقد اشترط بعضهم ان يتوفر في العادة قدر من الوضوح الذي ينفي عنها الجهالة ، ويمنع من الخلط في تفسير مضمونها(٩٤) .

ولكن اذا اتسمت القاعدة العرفية بشيء من الغموض ، فهل يمكن اعتبار الوضوح شرطا في تكوينها .

لو تأملنا في القاعدة العرفية لرأينا انها تنشأ من الانتشار ، وهذا ما ينفي عنها صفة الغموض ، والا كيف بامكان الافراد ان يعتنقوها على هذا النطاق الواسع ويقبلوا بأحكامها .

وقد عبرت عن سمة العرف هذه لغتنا الجميلة اصدق تعبير ، فالعرف ــ لغـة ــ يفيد الوضوح والظهور(٩٥) ، في حين ان العادة ــ وهي مرحلة من مراحل العرف ــ تفيد التكرار والمعاودة دون الوضوح ، فالوضوح قد يقترن بالعادة فيقودها الى انشاء العرف والعكس .

وتبعا لهذا التحديد فالوضوح وصف للمضمون المادي للقاعدة ، ولا علاقة له بالركن المعنوي ، وبالمقابل فقد تتسم القاعدة المكتوبة بالغموض ، دون أن يؤثر ذلك على قيمتها القانونية(٩٦) .

وفي جميع الاحوال فوضوح القاعدة وصف عام يتوفر في كل قاعدة عرفية ، وليس صفة خاصة بالعرف الاداري ، هذا فضلا عن ان الوضوح يساعد على تكرار العادة ، وهذا ما يجعلنا نكتفي بالبحث عن ركن التكرار كمظهر للارادة المنشئة للعرف ، مع اعتبار الوضوح من متعلقات التكرار ، ومن العوامل التي تساعد على دفعه ، والأمر اذن يتعلق بحيوية العرف دون اعتباره شرطا مستقلا يضاف الى شروط العرف الاداري .

الفرع الرابع

ذيـوع القاعـدة الاداريـة العرفيـة

تطلب بعض الفقهاء « ان يتوفر في القاعدة الادارية العرفية نصيب من العلانيـة والذيوع : Publicité ، وذلك بأن لا تكـون خفيـة او مستترة : clandestine ، بل ان تكـون ظاهرة على نحـو يجعلها معلومـة لمن تنطبـق عليهـم »(٩٧) .

ويرى هذا الفريق « لزوم توفر هذا الشرط من باب اولى بالنسبة للأعراف

الادارية على اساس انه اذا لم يكن لشرط ذيوع العادة في مجال القانون الخاص اهمية بارزة بسبب نشوء العادة فيما بين الأفراد وسهولة علمهم بها ، فان هذه الاهمية تبرز في العادات الادارية ، ومن الصالح العام استلزام توافر شرط ذيوع ما تجري عليه الادارات من عادات حتى لا يتاتى أعمال حكمها مفاجئا لهذا الحكم ، خاصة وانه لا يجوز ـ كما هو معلوم وكمبدا عام ـ الاعتذار بجهل القانون مسنونا كان ام غير مسنون »(٩٨) .

ويرى فريق آخر من الفقهاء انه لا يمكن الكلام في العرف عن النشر(٩٩) .

ونعتقد ان كلا الفريقين صور الحقيقة بصورة مجتزاة .

اما بالنسبة للراي الاول ، فقد اقام محاجزة بين مرحلتين من مراحل حياة العرف ، هما مرحلة نشوئه ومرحلة سريانه بحق المخاطبين باحكامه .

ويتجلى ذلك الفصل من الملاحظات الآتية :

ترجمت كلمة الذيوع بالكلمة الفرنسية : Publicitè ، ومن المعلوم ان هذه الكلمة لها مدلول اصطلاحي هو نشر القاعدة ، اي حملها بعد تكوينها الى علم المخاطبين بها ، وهذا النقل لا يتم الا بعد اكتمال نشوء القاعدة .

اعتبر هذا الراي الذيوع يغني عن تحقق عنصر المفاجاة ، وطبعا فهذه المفاجاة لا يمكن تصورها الا في حال صدور العمل العرفي عن ارادة الادارة على سبيل الاستقلال ، وقبل ان يتم اعلام الأفراد بالقاعدة الناشئة .

ـ اعتمد الراي المذكور مبدا عدم جواز الاعتذار بالجهل في القانون ، ومن المعلوم ان هذا المبدا يتعلق بسريان القاعدة لا بتكوينها .

فالرايان المذكوران انطلقا من نقطة خاطئة هي صدور العرف الاداري عن ارادة الادارة دون ان يكون للأفراد اي دور في ذلك .

وفي الحقيقة ان العرف الاداري لا يختلف في نشاته عن نشاة العرف في القانون الخاص ، وتتميز هذه النشاة بوجود عمل اداري فردي يتكرر على نمط معين ، بحيث تستخلص القاعدة من جماع السوابق ، وبحيث يتم الانتقال ـ وعلى العكس من القواعد المسنونة ـ من المشخص والواقع الى المجرد العام .

وهذه النشاة تتخلق شيئا فشيئا على منوال واحد وبطريقة غير محسوسة(١٠٠) .

اذن فنشاة العرف البطيئة لا تسمح بوجود مثل هذه المفاجاة ، ومن جهة اخرى فتعميم القاعدة غايته الحصول على موافقة الافراد ، وليس لنقل القاعدة بعد تكونها الى علم المخاطبين باحكامها ، وبالتالي فلا مجال لاستلزام شرط خاص نسميه « ذيوع العادة » ، بل ان هذا الشرط من متعلقات التكرار .

اما بالنسبة للراي الذي انكر ضرورة النشر فنعتقد انه اخطأ في اصابة الحقيقة لسبب بسيط هو انه قاس نشر العرف على نشر التشريع غافلا بذلك الطبيعة الذاتية للقاعدة العرفية التي يكتمل نشوؤها عندما (تثبت وتعم وتتقادم وتنتشر)(١٠١) .

ولا حاجة للقول بان نشوء القاعدة العرفية ونشرها هما عمليتان متزامنتان ومتداخلتان ، ومن ثم فاكتمال نشوء العرف يعني تحوله الى ظاهرة اجتماعية(١٠٢) ، وفي نفس الوقت الى راي عام قانوني .

الفرع الخامس

شرط عدم الاكراه

وضع بعض الفقهاء قيدا خاصا على تكون العرف ، وذلك في صورة شرط سلبي ، هو عدم تحقق الاكراه(١٠٣) .

وقد عبر بعضهم عن ذلك بقوله « يشترط في العادة ان تكون قد تواترت بمحض اختيار الافراد ، ودون ضغط او اكراه ، وهذا يعني أن تكون قد تواترت من الذين مارسوها ، أما اذا كان هنالك سلوك مفروض فلا ينشأ عن ممارسة هذا الاكراه عادة الا اذا استمر العمل بهذا السلوك مدة طويلة بعد زوال الاكراه »(١٠٤) .

ونعتقد ان القضية طرحت بصورة معكوسة ، فالشرط السلبي ليس الا حالة مشتقة من الشرط الايجابي(١٠٥) ، ومن ثم فشرط عدم الاكراه يندمج في شرط الرضا ، أي بالركن المعنوي للقاعدة العرفية .

واستنادا الى ما تقدم ، فقد طرح احد الفقهاء شرط عدم الاكراه في صيغة شرط ايجابي ، هو حدوث الاعتياد بحرية ، قال الفقيه المذكور « ان صدور العرف ينبغي أن يحظى في الاغلب الاعم بالموافقة من جانب الجهات الادارية ، أو الفردية التي يوجه اليها حكم الاعتياد ، أو يمسها بشكل من الاشكال على ان تتم تلك الموافقة بحرية : librement »(١٠٦) .

هذا وعلى افتراض ان عدم الاكراه شرط خاص في تكوين العرف الاداري فان طرح هذا الموضوع على صعيد العرف الإداري يقتضي تسجيل الملاحظات الآتية:

ـ لا مبرر لحصر عيب الارادة في الاكراه ، هذا فضلا عن ان اي بحث عن هذه العيوب يجب ان ينصرف الى ارادة الادارة والافراد .

فالادارة ـ باصدارها للقرار الاداري ـ قد تنحرف عن استعمال سلطتها او قد ترتكب الخطأ faute ، كما ان الأفراد يمارسون الغش : fraude او التدليس : dol (١٠٧) .

ـ ان عنصر الاكراه له دلالته على صعيد العمل الاداري ، بسبب وجود بعض الاعمال الادارية التي تنفذ جبرا على الافراد ، كما ان هؤلاء قد ينفذونها توقيا للعقوبة التي تصدر بحقهم بسبب عدم التنفيذ(١٠٨) .

ففي هذه الاعمال ينعدم اي دور للأفراد في انشاء العمل الاداري ، وان كان تنفيذهم للقرار لا يعني القبول : acquissement ، بل ان هذا القبول لابد ان يكون صريحا ، ولا مجال فيه للافتراض(١٠٩) .

لكن انعدام دور الافراد في انشاء هذه الاوامر ، لا يعني ان الادارة تنفرد في انشاء القاعدة العرفية القائمة على الأوامر ، اذ الفرق واضح بين اصدار الاوامر ، وبين انشاء القاعدة القانونية(١١٠) .

ذلك ان منح الادارة سلطة انشاء القاعدة الادارية العرفية ، يعني تخويلها سلطة التشريع ، وهذا امر له نتائجه الخطيرة على حريات الافراد وحقوقهم .

لهذه الاسباب كان لابد من اعطاء الافراد حق الاحتجاج والاعتراض على عادة من الممكن أن تضر بمصالحهم وحقوقهم(١١١) .

وفي رأينا ان هذا الاعتراض يقع خارج تنفيذ العمل الاداري ، وان اي اكراه يمارس على الافراد في صدد ممارسة هذا الحق في الاعتراض، يفسد العرف(١١٢) .

الهــوامش

١ ـ مصطفى احمد الزرقا : المدخل الفقهي العام ، المرجع السابق ، ص٨٣٢

٢ ـ د. عصام عبد الوهاب البرزنجي : السلطة التقديرية للادارة والرقابة القضائيــة ، القاهرة ، ٩٧١ ، دار النهضة العربية ، ص١٢٨

٣ ـ د. بكر القباني : العرف كمصدر للقانون الاداري ، ص٩ ، وانظر :
Lebrunt : La Coutume, ses sources, ses autoritê en droit privè, Thèse, Caen, 1932. P. 42

٤ ـ Geny : Methodes d'interpretation, op, cit; P. 381

٥ ـ د. سعد عصفور : القانون الدستوري ، مقدمة القانون الدستوري ، القسم الاول دار المعارف في الاسكندرية ، ط١ ، ٩٥٤ ، ص٨١ وما بعدها .

٦ ـ Geny : Methodes d'interpretation, op, cit; P. 319

٧ ـ د. عدنان القوتلي : الوجيز في الحقوق المدنية ، ج١ ، المدخل للعلوم القانونية ، ط٢ ، ٩٦٢ ، ص٣٦٧ ـ زهدي يكن : القانون الاداري ، ج١ ، ط١ ، المكتبة المصرية للطباعة والنشر ، صيدا ، ص٢٥ ـ د. سليمان مرقس : المدخل للعلوم القانونية ، ص٢٩٦

٨ ـ د. سمير تناغو : النظرية العامة للقانون ، المرجع السابق : ص٤٣٢

٩ ـ النقض المدني : حكمها الصادر في ٩٤٧/١٢/٤ ، مجموعة احكام النقض في ٢٥ سنة ، ج١ ، فقرة ١٤٧ ، ص٣٦٥

١٠ ـ د. احمد سلامة ـ و د. حمدي عبد الرحمن : الوجيز في المدخل لدراسة القانون ، القاهرة ، دار النهضة العربية ، ٩٧٠ ، ص٦٣ ـ د. سليمان مرقس : المدخل للعلوم القانونية ، المرجع السابق ، ص٢٩١ ، وانظـر :

Jenneau (B) : Les principes generaux du droit dans la jurisprudence administrative, Thèse, Paris, 1965; P. 361

١١ ـ مقال فيــدل بالفرنسية عن خضــوع الادارة للقانون ، منشور في مجلــة القانون والاقتصاد ، جامعة القاهرة ، سنة ٩٢٥ ، ص٢٣

وقــد جــاء في ذلك قوله :

Le minister doit respecter : non seulement le reglement, mais même le « reglement virtuel » que constate la pratique administrative.

وانظر حكم محكمة النقض المصرية الصادر في ٦/٤/٩٤٨، مجلة التشريع والقضاء سنة اولى، حكم رقم ١٢٢، ص١٦٦، وقد جاء في ذلك قوله « لا محل للقول بانه لا توجد لوائح تقضي بان يلتزم سائق السيارة السير على يمين الميدان محل الواقعة ويدور حوله لان العرف جرى بان يلتزم سائقوا السيارات الجانب الايمن على الطرق دائما » .

١٢ ـ د. بكر القباني : العرف كمصدر للقانون الاداري ، ص٢٢ ، وقد جاء في ذلك قوله « ضرورة التفريق بين الاعراف الملزمة ، او ما يسمى في فقه القانون الخاص بالاعراف المقررة » .

١٣ ـ د. سليمان مرقس : المدخل للعلوم القانونية ، ص٢٩٩ ـ د. سمير تناغو : النظرية العامة للقانون ، ص٤٣٦

١٤ ـ د. ثروت بدوي : النظام الدستوري العربي ، ج١ ، ٩٦٤ ، القاهرة ، دار النهضة العربية ، ص١٨

١٥ ـ زهدي يكن : القانون الاداري ، ج١ ، ط١ ، المكتبة العصرية للطباعة والنشر ، صيدا ص٧٠ ـ د. زين العابدين بركات : مبادىء القانون الاداري ، ٩٧٩ ، مطبعة رياض : دمشق ، ص٢٥ ـ د. عدنان العجلاني : الوجيز في الحقوق الادارية ، ٩٥٩ ، ط١ ، جامعة دمشق ، ص٣٧ ـ محمد كامل ليله:مبادىء القانون الاداري ، القاهرة ، دار النهضة العربية ، ٩٦٨ ، ٤٢٤ ـ حكم محكمة النقض السورية رقم ١٠٥٠ تاريخ ١٠/٣/٩٨٠ ، الدعوى رقم اساس ٨٧٨ منشور في مجلة المحامين عدد١ لعام ٩٨٠

١٦ ـ د. بكر القباني : العرف كمصدر للقانون الاداري ، ص١٧ ـ د. سليمان مرقس : المدخل للعلوم القانونية ، ص٢٩٢ ـ فهمي الهويدي : مقال بعنوان : « من فقه الولاية الى فقه الدراية » منشور في مجلة العربي ، الكويت ، عدد نوفمبر ٩٨٢ ، ص٥١

١٧ ـ د. وايت ابراهيم : مقال بعنوان « التقاليد » ، منشور في مجلة القانون والاقتصاد جامعة القاهرة ، عدد ٣ ، س٢ ، ص٧٨ وانظر :

Auby et Drago : Traité de contentieux administrative, Paris, Dalloz, Tom, III; P. 18.

١٨ ـ المحكمة الادارية العليا في مصر : الحكم الصادر في ١٢ يناير ٩٦٣ ، س٨ ، ص٤٤٦ والفقرة الثانية من المادة ٥٣ من نظام العاملين المدنيين الصادر بالقانون رقم ٤٦ لعام ٩٦٤

١٩ ـ حكم المحكمة الادارية العليا في مصر : ٢٢ يونيه ٩٦٣ ، س٨ ، ص٤٤٦ ـ الفقرة الثانية من المادة ١٤٨ من القانون المدني المصري المتضمنة « لا يقتصر العقد على الزام المتعاقد بما ورد فيه ، ولكن يتناول ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة

الالتزام » . ونعتقد ان المقصود هنا العادة ، وليس العرف لان العرف له قوته الملزمة دون حاجة الى نص قانوني .

٢٠ ــ قائمة مصطلحات القانون المدني التي اقرها المجمع ، المطبعة الاميرية ، القاهرة ، ٩٥١ ، ص١٨

٢١ ــ The New Method English Dictionary, London, 1942; P. 89.

٢٢ ــ د. سليمان مرقس : المدخل للعلوم القانونية ، ص٢٠٩

٢٣ ــ د. انور سلطان : المبادىء القانونية العامة ، القاهرة ، دار النهضة العربيـة ، سنة ٩٧٤ ، ص٧٠ ــ د. سمير تناغو : النظرية العامة للقانون ص٧

٢٤ ــ د. بكر القباني : العرف كمصدر للقانون الاداري ، ص٢٣ ــ د. رزق الله الانطاكي و د. نهاد السباعي : الحقوق التجارية ، ج١ ، دمشق ، ٩٦٤ ، المطبعة التعاونية ، ص١٩

٢٥ ــ د. محمود ابراهيم الوالي : نظرية التفويض الاداري ، دار الفكر العربي ، ٩٧٩ ، ط١ ، ص٣٥٨ ــ حكم محكمة الاستئناف العليا في الكويت ٩٦٨/١٢/١٠ ، حكم رقم ٢٨٣ ٤ لعام ٩٦٧

٢٦ ــ د. احمد حشمت ابو ستيت : مقال بعنوان « ابحاث في اصول القوانين » ، مجـلة القانون والاقتصاد ، جامعة القاهرة ، سنة ٩٥٢ ، س٥ ، عدد ٦ ، ص٦٢٤ ــ د. رزق اللـه الانطاكي و د. نهاد السباعي : الحقوق التجارية البرية ، ص١٩

٢٧ ــ Geny : Methodes, d'interpretation, op, cit; P. 318 et S.

٢٨ ــ C.E; - 11 - 1886, Siery, Vol, 15; P. 32 — C.E; 11 - 2 - 1886, Siery, Vol, 13, P. 153 — C.E; 10 - 5 - 1882, Siery, Vol, 13; P. 114 — C.E; 16 - 11 - 1894; Siery, Vol, 18; P. 58.

٢٩ ــ د. عبد المنعم البدراوي : المدخل للعلوم القانونية ، بيروت ، دار النهضة العربية ، سنة ٩٦٦ ، ص٣١٢ وانظر :

Millot (G) : Coutume et Jurisprudence Muslamanes.

مقال مقدم الى المؤتمر الدولي الخامس للقانون المقارن ، سالف الاشارة اليه ، ص١٥٨

٣٠ ــ د. عبد الرزاق السنهوري و د. احمد حشمت ابو ستيت : اصول القوانين او المدخل لدراسة القانون ، ط١ ، القاهرة ، ص٧٨ ــ د. حسن كيره : المدخل الى القانون ، دار النهضة العربية ، بيروت ، سنة ٩٦٧ ، ص٣٥١

٣١ ــ Lebrunt : La Coutume, ses sources, op, cit; No - 108

٣٢ ـ د. بكر القباني : العرف كمصدر للقانون الاداري ، ص١٣

٣٣ ـ د. خالد عريم : القانون الاداري الليبي ، دار صادر ، بيروت ، ص١٥٧ ـ حكم محكمة النقض السورية ، مجلة المحامين ، دمشق ، عدد كانون ثاني لعام ٩٨١ ص٧٠

٣٤ ـ د. سليمان مرقس : المدخل للعلوم القانونية ، ص١٤ ـ د. نعمان خليل جمعة : المدخل للعلوم القانونية ـ دروس في المدخل للعلوم القانونية ، القاهرة ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، دار النهضة العربية ، ص٣٨

٣٥ ـ فهمي الهويدي : مقال بعنوان من فقه الرواية الى فقه الدراية ، مجلة العربي الكويتية ، نوفمبر ـ تشرين ثان ، ٩٨٢ ، ص٥١ ، وهو يشير الى ان فقهاء المغرب العربي يستعملون عبارة « العمل » .

٣٦ ـ المنجد في اللغة العربية ، الطبعة العشرون ، ص٥٠

٣٧ ـ

Lyskowski (T) : Etude de droit civil à la memoire H. Capitan, Dalloz, Paris, 1939; P. 404

٣٨ ـ د. سمير تناغو : النظرية العامة للقانون ، ص٢٢٥

٣٩ ـ د. ثروت بدوي : النظام الدستوري العربي ، المرجع السابق ، ص٨٥

٤٠ ـ د. حامد سلطان : القانون الدولي في وقت السلم ، القاهرة ، سنة ٩٦٦ ، دار النهضة العربية ، ص٤٧

٤١ ـ د. بكر القباني : العرف كمصدر للقانون الاداري ، ص٩
فهو يرى ان للعرف الاداري مفهومه الخاص الى جانب مفهومه العام .

٤٢ ـ د. سليمان مرقس : المدخل للعلوم القانونية ، ص١٤ ـ د. نعمان خليل جمعة : دروس في المدخل للعلوم القانونية ، المرجع السابق ، ص٢٨٨

٤٣ ـ محمد حامد الجمل : الموظف العام ، القاهرة ، دار النهضة العربية ، ٩٧٤ ، ط٢ ، ص١٤١٦ ـ د. عثمان خليل : القانون الاداري ، القاهرة ، ط٢ ، سنة ٩٥١ ، دار الفكر العربي ، ص٢٥ ـ د. سامي عبد الحميد : اصول القانون الدولي ـ القاعدة الدولية ، الاسكندرية ، مؤسسة شباب الجامعة للطباعة والنشر ، ج١ ، ط٢ ، سنة ٩٦٤ ، ص٤

٤٤ ـ الامام ابو حامد محمد الغزالي : المستصفى ، المطبعة الاميرية بالقاهرة ، ط١ ، ص٤٨٣

٤٥ ـ

J. De Smidt : Le probléme de la redaction des droit coutuniere

مقاله المقدم الى المؤتمر الدولي المشار اليه سابقا ، ص٨٩

٤٦ ـ د. سمير تناغو : النظرية العامة للقانون ، ص٤٣٤ وانظر :
Geny : Methodes d'interpretation, op, cit; P. 107

٤٧ ـ تعريف محكمة القضاء الاداري في مصر ، ٢٢ يونيه ٩٥٧ ، المجموعة ، س١١ ، حكم رقم ٣١٦ ، ص٤٩٦ ، وقد جاء فيه « العرف هو درج الناس على قاعدة معينة واتباعهم اياها في معاملاتهم فاذا اختط الناس لانفسهم سنة معينة وقاعدة محددة لتنظيم روابطهم ، ثم اطرد اتباعهم لهذه القاعدة وثبت وتقادم وعم وانتشر تحت ضغط الحاجات وحب التقليد واستقر في الاذهان الشعور بلزومها وضرورة احترامها ، تولدت هنالك قاعدة قانونية مصدرها العرف » .

٤٨ ـ د. بكر القباني : العرف كمصدر للقانون الاداري ، ص١٠

٤٩ ـ د. محمد فؤاد مهنا : الوجيز في القانون الاداري ـ السلطة الادارية ، مؤسسة المطبوعات الحديثة ، القاهرة ، ٩٦٠ ، ص٥٦

٥٠ ـ د. بكر القباني : العرف كمصدر للقانون الاداري ، ص٢٧

٥١ ـ حكم محكمة النقض السورية : ٩٧٥/٥/١٠ ، مجلة المحامين ، عدد حزيران ، ٩٧٥ ، حكم رقم ١٤١٩

٥٢ ـ د. توفيق شحاته : مبادىء القانون الاداري ، ج١ ، ط١ ، ٩٥٤ـ٩٥٥ ، دار النشر للجامعات ، ص٤٦ ـ المحكمة الادارية العليا في مصر : ٢٦ مارس ٩٦٠ ، المجموعة ، السنة الخامسة ، ص٥٧٠

٥٢ ـ محكمة القضاء الاداري في مصر : ٢٢ يونيه ٩٥٧ ، س١١ ، حكم رقم ٣١٦ ، ص٩٦ ، وقد جاء فيه « ان تسير الجهة الادارية على نحو معين وسنن معينة في مواجهة حالة معينة » .

٥٤ ـ محمد حامد الجمل : الموظف العام ، ط٢ ، ص١٤١٧

٥٥ ـ محمد كامل ليله : مبادىء القانون الاداري ، ص٤٢٧

٥٦ ـ د. محمد كامل ليله : مبادىء القانون الاداري ، ص٤٢٧

٥٧ ـ د. توفيق شحاته : مبادىء القانون الاداري ، ص٤٦ ـ حكم محكمة القضاء الاداري في مصر : ٢٢ يونيه سنة ٩٥٧ ، المجموعة ، س١١ ، حكم رقم ٣١٦ ، ص٤٩٦

٥٨ ـ د. سليمان الطماوي : مبادىء القانون الاداري ، ص٢٨

٥٩ ـ د. محمد فؤاد مهنا : الوجيز في القانون الاداري ـ السلطة الادارية ، ص٥٦

٦٠ ـ د. بكر القباني : العرف كمصدر للقانون الاداري ، ص١٨ ـ د. بكر القباني و د. عاطف البنا : الرقابة القضائية لاعمال الادارة ، مكتبة القاهرة الحديثة ، ٩٧٠ ، ص٤٠

٦١ ـ د. سمير تناغو : النظرية العامة للقانون ، ص٧٢٢

٦٢ ـ د. محمد كامل ليله : القانون الدستوري ، القاهرة ، دار الفكر العربي ، ٩٧١ ، ص٢٨ ـ د. حسن كيره : المدخل الى القانون ، ص.٨ ـ د. رمزي الشاعر : النظم السياسية والقانون الدستوري ، ص.٨ ، فهو يرى ان التدوين لا يغير من حقيقة العرف ، بل تبقى لقواعده صفة القواعد العرفية المدونة في سجلات عرفية .

٦٣ ـ د. بكر القباني : العرف كمصدر للقانون الاداري ، ص١٨.

٦٤ ـ د. سليمان الطماوي : مبادىء القانون الاداري ، ص٢٨ ، د. محمد فؤاد مهنا : الوجيز في القانون الاداري ـ السلطة الادارية ، ص٥٦ ـ د. عبد الفتاح حسن : مبادىء القانون الاداري الكويتي ، القاهرة ، دار النهضة العربية ، ٩٦٧ ، ص٢٨

٦٥ ـ د. محمود محمد حافظ : القضاء الاداري، دراسة مقارنة، القاهرة، ٩٦٧،ط٤،ص٣٦

٦٦ ـ د. محمد كامل ليله : مبادىء القانون الاداري : ص٤٢٧ ، وكتابه الرقابة على اعمال الادارة ـ الرقابة القضائية ، الكتاب الثاني ، بيروت ، ٩٦٧ـ٩٦٨ ، دار النهضة العربية ، ص٤٣٩

٦٧ ـ د. محمد فؤاد مهنا : القانون الاداري العربي في ظل النظام الاشتراكي الديموقراطي التعاوني ، ٩٦٧ ، ط٣ ، ص٨٩

٦٨ ـ د. محمد كامل ليله : مبادىء القانون الاداري ، ص٤٢٧ ـ وقد جاء في ذلك قوله « سلوك الادارة في مسألة معينة فترة من الزمن بحيث تصبح الادارة والمتعاملون معها ملزمين باحترام القاعدة » .

٦٩ ـ محكمة القضاء الاداري : ٢٢ يونيه ٩٥٧ ، المجموعة ، السنة ١١ ، حكم رقم ٢١٦ ، ص٤٩٦ ، وقد جاء في ذلك قولها « ان تسير الجهة الادارية على نحو معين في مواجهة حالة معينة ، بحيث تصبح القاعدة التي تلتزمها مختارة بمثابة القانون المكتوب » .

٧٠ ـ د. سليمان مرقس : المدخل للعلوم القانونية ، ص٦٨٧ ـ مصطفى احمد الزرقا : المدخل الفقهي العام ، ص٩٤ ـ د. عبد الحي حجازي : المدخل لدراسة العلوم القانونية ، ص٦٠ وانظر :

Rivero : Droit administratif, op, cit; P. 80

٧١ ـ المحكمة الادارية العليا في مصر : حكمها الصادر في ٢٦ مارس سنة ٩٦٠ ، المجموعة ، السنة الخامسة ، ص٥٧٠ ، وقد ربطت نشوء العرف الاداري بفكرة « الاوضاع الادارية » .

٧٢ ـ د. عبد الفتاح حسن : مبادىء القانون الاداري الكويتي ، ص٢٨ ، وقد عرف العرف الاداري بقوله « اطراد السلطات العامة سواء في علاقتها فيما بينها ، أم في علاقاتها بالافراد على اتباع مسلك واقعي أو قانوني » .

٧٣ ـ زهدي يكن : القانون الاداري ، ص٨٩

٧٤ ـ القانون رقم ١٥ لسنة ٨١١ الخاص بالنظام القضائي لشبه جزيرة سيناء ، والقانون رقم ٨ لسنة ٩١٢ الخاص بالواحات الداخلة والخارجة والبحرية ، ثم قانون تشكيل محاكم الاخطاط الصادر عام ٩١٢

٧٥ ـ د. سمير تناغو : النظرية العامة للقانون ، ص٤٦ وانظر عكس ذلك :
Dabin : theorie generale du droit, Bruxelles, Etablissement, Brylant, 1953, 2 ed; P. 40

فالفقيه الاخير يرى ان التشريع يستطيع ان ينظم مصادر القانون دون ان يؤخذ عليه انه يفصل في قضية تخرج عن اختصاصه لتدخل اختصاص علم القانون .

٧٦ ـ د. بكر القباني : العرف كمصدر للقانون الاداري ، ص٦٠ وانظر :
Lefebvre (M) : La coutume comme source de droit Francais; op, cit, P. 211 — Dabin : theorie generale du droit, op, cit; P. 12

٧٧ ـ محمد كامل ليله : مبادىء القانون الاداري ، ص١١٦ ـ د. عبد المنعم البدراوي : المدخل للعلوم القانونية ، ص٢٤٤

٧٨ ـ د. عبد الحي حجازي : المدخل لدراسة العلوم القانونية ، ص١٤٤ وانظر :
Ripert (George) : Les forces Crèatrices du droit, Paris, Dalloz, 1953; P. 76

٧٩ ـ د. عبد المنعم البدراوي : المدخل للعلوم القانونية ، ص٢٤ ـ د. سمير محمد تناغو : النظرية العامة للقانون ، ص١٤٤

٨٠ ـ د. احمد سلامة و د. حمدي عبد الرحمن : الوجيز في المدخل لدراسة القانون ، سنة ٩٧٠ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ص٦٥ ـ د. عدنان القوتلي : الوجيز في الحقوق المدنية ، ص٢٥٨ ـ زهدي يكن : القانون الاداري : ص٨٩ ـ جيروم كوتسونس : مقالة بعنوان « العادة في القانون الكنسي » ، ص٨٠

٨١ ـ Geny : Methodes d'interpretation, op, cit; P. 371

٨٢ ـ د. سليمان مرقس : المدخل للعلوم القانونية ، ص٢٩٣ ـ د. بكر القباني : العرف كمصدر للقانون الاداري ، ص٢٥ ، وانظر :
Buttgenbach : Manuel de droit administratif (Theorie generale). 3 ed, Bruxelles 1969; P. 32

٨٣ ـ د. بكر القباني : العرف كمصدر للقانون الاداري ، ص٢٦

٨٤ ـ د. حسن كيره : المدخل الى القانون ، ص٢٥٣ ـ د. نعمان خليل جمعة : المدخل للعلوم القانونية ، ص٦٧

٨٥ ـ جيروم كوتسونس : مقالة بعنوان « العادة والعرف في القانون الكنسي » ، ص٨١

٨٦ ـ Ripert : Les forces creatrices du droit, op, cit; P. 10

٨٧ ـ الامام ابو حامد الغزالي : المستصفى ، سنة ٥٠٥ ، المطبعة الاميرية، القاهرة ،ص٨٣٤

٨٨ ـ د. محمد عصفور : مذاهب المحكمة الادارية العليا في الرقابة والتفسير والابداع ، القاهرة ، المطبعة العالمية ، ٩٥٧ ، ص٢٥٥

٨٩ ـ د. عبد الحي حجازي : المدخل لدراسة العلوم القانونية ، ص٤٦

٩٠ ـ ليسكويسكي : دراسات في القانون المدني ، ص٤٠٨

٩١ ـ د. بكر القباني : العرف كمصدر للقانون الاداري ، ص٢٦ ـ د. نعمان خليل جمعة : المدخل للعلوم القانوية ، ص٢٦٣ ـ د. حسن كيره : المدخل الى القانون ، ص٢٥٥ ـ د. احمد سلامة و د. حمدي عبد الرحمن : الوجيز في المدخل لدراسة القانون ، القاهرة ، دار النهضة العربيـــة ، ص٦٥

٩٢ ـ د. عبد المنعم البدراوي : المدخل للعلوم القانونية ، ص٣٢٠

٩٣ ـ د. محمد فؤاد مهنا : مبادىء واحكام القانون الاداري في جمهورية مصر العربية ، مؤسسة شباب الجامعة ، الاسكندرية ، ص٦١ وانظر :

Geny : Methodes d'interpretation, op, cit; P. 387

٩٤ ـ د. ثروت بدوي : النظام الدستوري العربي ، دار النهضة العربية ، ٩٦٤ ، ص٨١ ـ د. رمزي الشاعر : النظم السياسية والقانون الدستوري ، ٩٧٧ ، القاهرة ، مطبوعات جامعة عين شمس ، ص٩٢

٩٥ ـ المنجد في اللغة ، الطبعة العشرون ، بيروت ، ص٥٥٠

٩٦ ـ د. سمير تناغو : النظرية العامة للقانون ، ص٣٩٠ ـ د. حسين كيره : المدخل الى القانون ، ص٢٦٠

٩٧ ـ د. بكر القباني : العرف كمصدر للقانون الاداري ، ص٢٢ و ٢٧

٩٨ ـ د. بكر القباني : العرف كمصدر للقانون الاداري ، ص٢٧

٩٩ ـ Taissir jifi : Le droit international comme source du droit administratif, Beyrauth, 1974, deuxieme Partie; P. 97

١٠٠ ـ د. نعمان خليل جمعة : المدخل للعلوم القانونية ، ص١٨٩ ـ د. سعد عصفور : القانون الدستوري ، ص٩٧ ، وقد ابرز دور الركن المادي في انشاء الركن المعنوي ـ د. عبد الحي حجازي : المدخل لدراسة العلوم القانونية ، ص٤٤٢ ، وهو يرى ان العرف لا يمكن ان ينشا فجاة .

١٠١ ـ محكمة القضاء الاداري : ٢٣ يونيه ، ٩٥٧ ، المجموعة ، س١١ ، حكم رقم ٣١٦ ، ص٤٩٦

١٠٢ ـ د. سعد عصفور : القانون الدستوري ، ص٩١ وما بعدها .

١٠٣ ـ محمود جمال الدين زكي : دروس في مقدمة الدراسات القانونية ، القاهرة ، ٩٦٥ ، ط٢ ، الهيئة العامة لشؤون المطابع الاميرية ، ص١١٧ ـ د. محمد كامل ليله : القانون الدستوري، القاهرة ، ٩٧١ ، دار الفكر العربي ، ص٢٢ ، ـ د. صلاح الدين عبد الوهاب : الاصول العامة لعلم القانون : عمان ، ط١ ، ٩٦٨ ، ص١٨٦ ـ عبد الناصر توفيق العطار : مدخل لدراسة القانون ، الاسكندرية ، مطبعة المعارف ، ص٢١٢

١٠٤ ـ د. سليمان مرقس : المدخل للعلوم القانونية ، ص٢٩٤

١٠٥ ـ د. عبد الوهاب البرزنجي : السلطة التقديرية للادارة ، القاهرة ، دار النهضة العربية ، ٩٧١ ، ص٢١٦

١٠٦ ـ د. بكر القباني : العرف كمصدر للقانون الاداري ، ص٢٨

١٠٧ ـ د. مصطفى ابو زيد فهمي : القضاء الاداري ، ط١ ، منشاة المعارف ، الاسكندرية ، سنة ١٩٧٩ ، ص٥٣٩ ـ د. سليمان الطماوي : القضاء الاداري ـ قضاء الالغاء ، ص٦٦ ، وانظر :

Stassinopoulos : Traitè des actes adm, op, cit; P. 40 et 62

١٠٨ ـ د. سليمان الطماوي : الوجيز في القضاء الاداري ، ص٤٠٠

١٠٩ ـ د. مصطفى ابو زيد فهمي : القضاء الاداري ، ط٤ ، ص٣٦٥

١١٠ ـ Stassinopulos : Traite des actes adm, op, cit; P. 63

١١١ ـ د. بكر القباني : العرف كمصدر للقانون الاداري ، ص٢٩

١١٢ ـ مجموعة احكام القضاء الاداري ، سنة ٩ ، قضية رقم ١٤٧ ، ومجموعة السنة الخامسة ، القضية رقم ١٦٤ ، ص٦٩٩

وقد اعتبرت هذه الاحكام الاعمال القائمة على الاكراه فاسدة . وانظر : د. مصطفى ابو زيد فهمي : القضاء الاداري ، ط٤ ، وقد اعتبر عدم الاعتداد بالعمل القانوني القائم على الاكراه متفرع على مبدأ احترام الحريات العامة وحقوق المواطن .

القســم الاول

تكوين القاعــدة الاداريــة العرفيــة

في دراستنا لتكوين اية قاعدة يجب التعرض الى العناصر الآتية :

١ ـ العناصر المادية التي تفصح عن وجودها .

٢ ـ العناصر الرسمية التي تفصح عن شكلها(١) .

ونعتقد ان القاعــدة الاداريــة العرفيــة لا تخرج في تكوينهــا عن العناصر المذكورة اعــلاه .

فهي تنشأ من عمل اداري فردي ، يعتبر بمثابة المادة الأولية التي تقوم عليها هذه القاعدة .

ولكن هذا العمل ليس هو القاعدة ، ولهذا لابد من الصياغة القانونية التي تحدد القاعدة وتجعلها صالحة للتطبيق العملي .

ونعتقد ان ذلك يتوفر في عنصر التكرار ، فهو ينشيء القاعدة ويساعد على انشاء العنصر النفسي ، وهو اخيرا الدليل على وجود هذا العنصر .

ومع هذا ورغم التفاعل وتبادل التاثير والتأثر ـ كما سنوضح ـ بين عنصر الصياغة (التكرار المكون للعادة) ، وبين العنصر النفسي ، فنعتقد انه يجب التمييز دون الفصل بينهما ، فالتكرار هو الصياغة التي تشكل القاعدة ـ العادة، ولكن هذه العادة لا تشكل العرف الا ضمن شروط معينة(٢) .

واستنادا الى ما تقدم ، فسنقوم بدراسة هذا القسم تحت أبواب ثلاثة ، نتكلم في الأول عن مادة القاعدة الادارية العرفية ، اي عن العمل الاداري الذي تقوم عليه هذه القاعدة ، ثم نتكلم في الباب الثاني عن شكل هذه القاعدة ، اي

---

١ ـ د. حسن كيره : المدخل ألى القانون ، ص٢٠٤ وما بعدها .

٢ ـ مصطفى احمد الزرقا : المدخل الفقهي العام ، ص٨٢٤ ، وقد تكلم الفقيه المذكور عن العادة المشتركة التي يتساوى مؤيدوها مع المعارضين لها ، ثم تكلم عن العادة التي يتوفر بهـا شروط القاعدة القانونية ، وهي التي يتوفر بها شرط ألغلبة .

عن عنصر الصياغة فيها « التكرار او الركن المادي » ، على ان نتكلم عن العنصر الارادي الذي يعطيها قوة الالزام القانوني(٣) .

وفضلا عن ذلك فالبحث في تكوين العرف الاداري يثير عدة نقاط كالتعرض الى بعض الظواهر القانونية التي تشتبه به « مقارنة العرف الاداري » ، واخيرا التعرض الى حجية العرف الاداري في القانون المقارن .

وهذه المواضيع الاخيرة هي موضوع الباب الثالث تحت عنوان العرف الاداري كمصدر للقانون .

---

٣ ـ محكمة القضاء الاداري في مصر : ٢٢ يونيه ٩٥٧ ، السنة ١١ ، حكم رقم ٣١٦ ، وقد ابرزت في هذا الحكم الجانب الشكلي ، ثم الجانب الموضوعي في العرف ، ثم كشفت عن دور الصياغة (التكرار) ، قالت « يقوم العرف على ركنين : هما الركن المادي والركن المعنوي ، ونعني بهما مضمون القاعدة العرفية ، اي ما تنطوي عليه من تنظيم ، وهو يتوافر اذا كانت هنالك سنة عامة مطردة تقادم عليها العمل ، ثم شعور الجماعة بضرورة احترام القاعدة العرفية وبعدم جواز الخروج عليها » .

البـــاب الاول

شرط عمل الادارة المنشيء للعرف الاداري

على الرغم من ان القاعدة العرفية لها وجودها الخاص والمستقل عن عمل الادارة التي ينشئها ، فهذا العمل يطبع العرف بخصائصه وبسمه بسماته .

فالسلطة التي تصــدر هذا العمل هي السلطة التي ينشأ في كنفها العرف ، والشيء ذاته بالنسبة لمضمون العرف الذي لا يعــدو ان يكون امتدادا لمضمون العمل الاداري الفردي .

وهكذا كان لابد من التعرض الى هذا العمل وتحديده تحديدا كافيا لاسيما ان الأعمــال التي تصدر عن الادارة أعــم واشــمل من الأعمــال التي تنشيء العرف الاداري .

هذا وفي صدد تحديد عمل الادارة المنشيء للعرف الاداري ، لابــد من تسجيل الملاحظات الآتية :

١ ـ ان كل نظام قانوني ينفرد في تحديد أعماله القانونية(١) ، والعرف الاداري ـ كغيره من النظم القانونية ـ معني بتحديد الأعمال اللازمة لانشائه ، وهي أعمال لها شروطها الخاصة التي تميزها من الأعمال الادارية الاخرى .

٢ ـ ان اي كلام عن عمل الادارة انما يجب أن يراعي النقاط الآتية(٢) :

آ ـ يجب التعرض الى طبيعته الداخلية ، اي الى المفهوم المادي له ، ويدخل في هذا البحث الكلام عما اذا كان هذا العمل عملا فرديا أم عاما acte generale

ب ـ يجب الكلام عن الناحيــة العضوية فيــه ، اي عن العضــو الذي يصــدر عمــل الادارة .

---

١ ـ د. حامد سلطان : القانون الدولي في وقت السلم ، ص١٨٠.

٢ ـ De Laubadère (A) : Traite de droit adm, 6 ed, op, cit; P. 218

ج ـ يجب التطرق الى مشروعية هذا العمل ، اي علاقته بقواعد الشرعية الادارية .

د ـ يجب الكلام عن مفهومه الوظيفي notion fonctionnelle ، اي هل يخضع للقانون الاداري أم للقانون الخاص .

وعلى ضوء هذه الملاحظات السابقة يتحدد كلامنا عن شروط عمل الادارة المكون للعرف الاداري بالابحاث الآتية :

خضوع عمل الادارة للقانون الاداري ـ تاثيره في النظام القانوني ـ السلطة المختصة بانشائه ـ مشروعيته .

الفصـــل الاول
خضوع عمل الادارة الى القانون الاداري

العرف موضوع بحثنا هو العرف الاداري « اي العرف الذي يصدر عن الادارة بوصفها سلطة عامة لا بوصفها فردا عاديا »(١) .

وعلى هذا الاساس ، فلا يمكننا الاعتداد بمعيار نشاط الادارة بالمعنى الموسع والقول ان كل ما يصدر عن الادارة ينشيء عرفا اداريا ، بل يجب النظر الى جوهر النشاط الاداري من خلال الأساليب الاستثنائية الخارجة على احكام القانون المدني ، أو ما يسمونها وسائل القانون العام(٢) .

وعلى ضوء ما تقدم فلا يمكن ان يعد عرفيا اداريا « الأوضاع التي تجري على اتباعها الجهات الادارية في ابرام عقودها مع الغير ، اذا ما قامت تلك الجهات بابرامها كفرد عادي طبقا للوسائل المدنيـة التي يستعملها الافراد ، اي طبقا للأساليب والأوضاع الواردة في القانون المدني ، ولو اتصل موضوع هذه العقود بمرافق عامة ادارة وتسييرا »(٣) .

كذلك فلا يمكن ان يعد عرفا اداريا « الأوضاع التي تجري الجهات الادارية على اتباعهـا بالنسبة لاستعمال اموالهـا الخاصـة طبقا لأحـكام القانـون الخاص »(٤) .

فهذه الأعراف هي اعراف الادارة الخاصة التي تخضع للقانون المـدني واحكامه . واستنادا الى ما تقدم ، فلا يمكن التعريف بالعرف الاداري بأنـه « ما جرى عليه العمل من جانب* السلطة الادارية في مباشرة وظيفتها بصـدد حالة معينة بالذات »(٥) .

فالوظيفة الادارية لا تنشيء عرفا اداريا الا اذا قصدنا من ذلك المدلول الضيق لهذه الوظيفة ، ذلك النشاط المتعلق بالمصالح العامة والمرتبط بالشؤون العامة الادارية والمقترن باستخدام وسائل السلطة العامة .

وعلى هـذا الاسـاس يمكننا ان نميـز مـن خـلال **أعمـال الادارة :**
les actes de l'administration الاعمـال الاداريـة les actes administratifs

التي تتمتع فيها الادارة بوسائل القانون العام ، نميز ذلك من اعمالها الخاصة : las actes des gestions privées وهي التي تقف فيها الادارة مع الأفراد على قدم المساواة وتتصرف كشخص عادي يخضع لأحكام القانون المدني(٦) .

فالأعمال الأولى هي التي تنشيء العرف الاداري ، أما الثانية فتنشيء ما نسميها بأعراف الادارة الخاصة(٧) .

هذا وننوه بانه ليست كافة القرارات الصادرة عن الادارة تخضع للقانون الاداري ، فالقرار شكل او صيغة عامة ينطبق على علاقات القانون العام والخاص ، فهو يخضع للقانون الخاص ، اذا صدر وفقا لأساليب هذا القانون ، كان يتعلق ـ على سبيل المثال ـ بادارة اموال الدولة الخاصة ، او ادارة المرافق الصناعية والتجارية(٨) .

ولا حاجة للتاكيد بانه من المباديء المستقرة في مجال القانون العام « امكان اعمال بعض القواعد المدنية في مجال القانون الاداري ، اذا كانت هذه القواعد أصولية تقوم على المنطق القانوني المجرد ، ومادامت لا تتعارض مع ما تتطلبه المصلحة العامة من مراعاة الاحتياجات العامة للروابط الادارية ، وما دامت تتسق مع تسيير المرافق العامة وتكفل التوفيق بين المصالح العامة والمصالح الخاصة »(٩) .

هذا وسيتاح لنا في الابحاث التطبيقية ان نعرض لبعض هذه القواعد التي استقاها القانون الاداري من القانون المدني ، ومن ذلك ـ على سبيل المثال ـ العادات المدنية التي اعتمدها مجلس الدولة الفرنسي في تفسير ارادة المتعاقدين وتكملة شروط العقد(١٠) .

وخلاصة ما يمكن قوله في هذا البحث ، انه لا يمكن النظر الى نشاط الادارة بصورة اجمالية وككتلة واحدة ، والقول ـ انطلاقا من المعيار العضوي ـ ان كل نشاط للادارة ينشيء العرف الاداري ، لأن هنالك اعرافا ادارية تنشأ خارج الادارة (المقصود بالادارة هنا المعنى العضوي لها) .

وفضلا عن ذلك فالمعيار المادي لنشاط الادارة لا يمكن أن يقبل على عواهنه الا باضافة عنصر شكلي .

وعلى هذا فالمنهج المتبع والمعتمد في هذه الرسالة هو المنهج التحليلي الذي يتناول اعراف الادارة عرفا عرفا يتفحصها على ضوء شروطها ومقوماتها .

فهنالك اعراف ادارية لا يتوفر بها العنصر العضوي ، وكما هي الحال في الأعراف الادارية القضائيـة والاعراف الادارية التي تنشأ في اطار النشاط الاداري لمجلس الشعب .

وهنالك اعراف للادارة لا يتوفر بها العنصر الثاني ـ العنصر المـادي (استعمال وسائل القانون العام) ، والمثال على ذلك في اعراف الادارة الخاضعة للقانون الخاص .

ونعتقد ان هذا التفسير يتيح لنا القـاء الضوء على مفهوم « المنازعـة الادارية » الوارد في المادة ١٧٢ من الدستور المصري الحالي .

فقد فسر احد الفقهاء هذه العبارة بأنها « اجراءات الخصومة القضائية التي ترفع للمطالبة بأثر من آثار العلاقات الادارية »(١١) .

والمقصود هنا بالعلاقات الادارية « العلاقات التي تقوم مع جهة ادارية ويكون الطرف الآخر في مركز المحكوم الخاضـع لسيطرة السلطة الادارية ، والمعتمد هنا في تحديد كنه العلاقة الادارية على معياري السلطة العامة والمرفق العام بمعناه الشكلي »(١٢) .

ويمكن القول ان هذا التحديد « للمنازعة الادارية » يفسـر اختصاص القضاءين العادي والاداري بأعراف الادارة أو الأعراف الادارية .

الهـوامش

١ ـ د. بكر القباني : العرف كمصدر للقانون الاداري ، ص٢٨

٢ ـ د. فؤاد العطار : القانون الاداري ، القاهرة ، ط٣ ، دار النهضة ألعربية ، ٩٦٦ ، ص١٨ ـ د. مصطفى ابو زيد فهمي : القضاء الاداري ، ط٤ ، ص٧٠

٣ ـ د. بكر القباني : العرف كمصدر للقانون الاداري ، ص٢٨

٤ ـ د. بكر القباني : ألعرف كمصدر للقانون الاداري ، ص٢٨

٥ ـ د. محمود محمد حافظ : القضاء الاداري ـ دراسة مقارنة ، ط٢ ، ٩٦٦ ، دار النهضة العربيـة ، ص٣٦

٦ ـ Stassinopoulos : Traité des actes adm, op, cit; P. 25

٧ ـ Geny : Methodes d, interpretation, op, cit; P. 412

ولقد ضرب لنا الفقيه المذكور مثالا عن هذه الاعراف بالعرف الذي نشا لدى ادارة البريد والذي كان يسمح للزوجة بقبض ألحوالة دون الحصول على موافقة الزوج .

٨ ـ د. محمد فؤاد مهنا : القانون الاداري ـ السلطة الادارية ، ص٢١١

٩ ـ المحكمة الادارية العليا : ٢ ديسمبر ٩٥٩ ، المجموعة ، السنة الخامسة ، مبـدأ رقـم ١٥ ، ص١٠٦

١٠ ـ مجموعة احكام مجلس الدولة ألمصري : السنة ١١ ، حكم رقم ١٢٥ ص٢٨٣

١١ ـ د. مصطفى كمال وصفي : مقال بعنوان ـ مجلس الدولة القاضي العام للمنازعات الادارية ، مجلة العلوم الادارية ، السنة ١٤ ، ديسمبر ٩٧٢ ، ص٦٩

١٢ ـ د. عبد الحميد حشيش : مبادىء القضاء الاداري ، ص٢٦٩

الفصل الثاني

تأثير العمل الاداري في النظام القانوني

تباشر السلطة الادارية وظيفتها من خلال أعمال ادارية يخطئها الحصر(١) ، وهذه الاعمال تختلف في طبيعتها وتكوينها وفي شكلها وفي الآثار التي تترتب عليها، فقد تكون اعمالا قانونية ، وقد تكون اعمالا مادية .

والأعمال القانونية ، قد تصدر عن طرف واحد (القرار الاداري) ، أو قد تصدر عن سلطة ادارية بالاشتراك مع احد اشخاص القانون الخاص (العقد الاداري) .

ومن هذه الأعمال ما يلزم الافراد ، ومنها ما يلزم المرؤوس كالمنشورات والتعليمات ، ومنها ما يكون مجردا من كل قوة الزامية ، كالفتاوى التي تصدر عن الهيئات الاستشارية .

ولكن هل ان كافة هذه الاعمال على تشعبها واختلافها في التكوين والشكل والحكم القانوني ، يمكن ان تنشيء اعرافا ادارية بالمعنى الفني والدقيق .

لقد اعتبرت المحكمة الادارية العليا في مصر « الأوضاع الادارية » اساسا لقيام العرف(٢) ، والمطلوب تحديد المقصود من هذه العبارة ، لاسيما انها استعملت في معان مختلفة ومتناقضة(٣) .

ولاشك ان العبارة المذكورة اضيق من اللازم اذا ما اقتصرت على التصرفات القانونية ، اي على العقد والقرار الاداريين ، وهي أوسع من اللازم، اذا ما أدخلنا في مفهومها كافة أعمال الادارة .

وعلى هذا الاساس ، كان لابد من تحديد المقصود من عبارة « الأوضاع » أو بصورة أوضح تحديد الأدوات القانونية التي تنشيء هذه الأوضاع ، وذلك من خلال المواضيع الآتية :

ــ المقصود بالتأثير في النظام القانوني ــ الأعمال الادارية التي تؤثر في النظام القانوني ــ هل ينشأ العرف الاداري من تكرار العمل العام ــ نشوء العرف الاداري من تكرار الوقائع المادية المقترنة بأثر قانوني .

المبحث الأول

المقصود بالتأثير في النظام القانوني

قلنا ان العرف الاداري ينشأ من تكرار الاعمال الادارية التي تنشيء مراكز قانونية خاصة ، وطبعا فعبارة « مراكز » لها دلالتها الخاصة في نطاق القانون الاداري ، فهي لا تعني انشاء حق او فرض التزام بالمعنى المحدد لهذين الاصطلاحين في القانون الخاص(٤) ، وانما يكفي ان تمس مصالح الافراد بشكل من الاشكال(٥) .

فالقرار الذي يصدر بمجازاة موظف بلفت النظر ، او بالانذار لا ينقص من حقوقه المالية ، ولكنه يمس وضعه الوظيفي والأدبي ويؤثر على حقوقه في المستقبل .

ويمكننا أن نضرب مثلا على هذه الاعراف ، وذلك في العرف الاداري الذي استقر على جريان وزارة الداخلية في مصر على منح الرتب المحلية لضباط الشرطة بقصد المظهرية ، وليس بقصد منح الحقوق المتعلقة بالرواتب او الأقدمية(٦) .

ولقد تساءل الفقيه فيدل : متى يمس العمل الاداري مصالح الافراد ، فأجاب ان القضية غير مؤكدة وتخضع الى التقديرات الخاصة بكل حالة(٧) .

وقد نوه بعض الفقهاء في مصر بأن هذه الفكرة من الاوصاف القانونية المرنة ، الأمر الذي يمكن القول اننا أمام توجيه عام أكثر من ان نكون امام معيار دقيق(٨) .

المبحث الثاني

الأعمال الادارية التي تؤثر في النظام القانوني

ذكرنا سابقا ان عبارة « تمس مصالح الافراد » ذات مدلول موسع ، وانها تشمل ـ حسب عبارة المحكمة الادارية العليا ـ المزايا والمراكز والأوضاع القانونية(٩) . بقي علينا ان نحدد الأعمال القانونية التي تنشيء هذه المزايا والأوضاع القانونية .

نعتقد انه يمكننا تقسيم هذه الاعمال الى الاقسام الآتية :

١ ـ الأعمال الادارية التي تقوم على اثبات الحالة : Constatation

٢ ــ الاعمال الادارية التي تفصل جزئيا في الموضوع .

٣ ــ الأعمال الادارية التي تؤثر مباشرة في الموضوع .

٤ ــ الأعمال الادارية التي تؤثر بصورة غير مباشرة في النظام القانوني .

الفــرع الأول

الأعمال الادارية التي تقوم على اثبات الحالة

هذه الاعمال ــ ولاشك ــ تؤثر في النظام القانوني عن طريق تأثرها في الحالة الواقعية للأفراد(١٠) .

ويمكننا ان نضرب مثالا على ذلك في العرف الاداري الذي استقر في مصر والذي كان يلزم الموظف الالتحاق في مصلحته طالبا اعادة الكشف الطبي عليه(١١)، ثم العرف الاداري الذي استقر في فرنسا والذي كان يتضمن قيــام الادارة بتحديد نطاق الأموال العامة(١٢) .

ولاشك ان تحديد الحالة الصحية للموظف يؤثر على مركزه القانوني،ونفس الشيء بالنسبة لتعيين نطاق الأموال العامة وحدودها مع الأموال الخاصة .

الفــرع الثاني

الأعمال الادارية التي تفصل جزئيا في الموضوع Prejugé

وهذه الأعمال هي التي تسبق القرارات النهائية ، وتكشف بشكل مؤكد عن الحل النهائي ، أو تفصل جزئيا في الموضوع .

ويمكننا ان نضرب مثلا على ذلك في القرارات المتعلقة بقيد الموظفين في كشف الترقية ، ثم القرارات المتعلقة بقيد بعض العسكريين في قائمة الوظائف المحجوزة ، واخيرا قرارات الاحالة الى المحاكم التأديبية(١٣) .

وتأثير هذه القرارات في النظام القانوني واضح ولا يحتاج الى تبيان .

الفــرع الثالث

الأعمال الادارية التي تؤثر مباشرة في النظام القانوني

وهذه الاعمال خضعت الى تقسيمات متعددة ، وحسبنا التعرض الى التقسيم الذي قام به الفقيه اليوناني ستاسينوبولس .

فالفقيه المذكور يرى ان الاعمال الادارية تنقسم الى ثلاثة اقسام رئيسية(١٤) :

ـ الأعمال التي تنشيء الحقوق والالزامات ـ الاعمال التي تعدل الحقوق والالزامات ـ الأعمال التي تلغي الحقوق والالزامات .

اما الاعمال المنشئة ، فهي بدورها تقسم الى ما يلي :

١ ـ الاعمال التي تنشيء الزامات قانونية ، وهذه بدورها تقسم الى ما يلي :

ـ الأوامر السلبية .
ـ الأوامر الايجابية .
ـ الجزاءات الادارية .

٢ ـ الأعمال الادارية التي تنشيء الحقوق .

٣ ـ الأعمال التي تقتصر على انشاء المنفعة ، وهذه الأعمال تقسم الى ما يلي :

آ ـ القرارات الولائية :

وهذه القرارات تخول صاحبها مجرد رخصة او تسامح دون ان تحمله اي التزام ، والمثال التقليدي على ذلك هو منح احد افراد من الموظفين اجازة مرضية في غير الحالات التي ينص عليها القانون .

ب ـ القرارات الوقتية :

وهذه القرارات لا تنشيء الا وضعا وقتيا ، واوضح الامثلة على ذلك يتجلى في التراخيص التي تصدرها الادارة باستعمال الأفراد للمال العام ، ثم قرارات ندب الموظفين .

الفرع الرابع

الأعمال الادارية التي تؤثر بصورة غير مباشرة في النظام القانوني

وهذا التأثير يتم عن طريق تأثير هذه الأعمال بالقرار التنفيذي(١٥)
Rapport avec acte executoire .

ويمكننا ان نضرب مثلا على ذلك في اعطاء الراي ، او تقديم اقتراح او اجراء تحقيق ، أو القيام بنشر القرار ، وغير ذلك .

والملاحظ على هذه الأعمال انها ـ على الأغلب ـ اجراءات ادارية تسبق القرار الاداري أو تلحق به .

ولا يتسع المجال هنا لتحديد هذه الاعمال ، وحسبنا التعرض الى بعض الاعراف التي نشات في هذا المجال ، تاركين امر تفصيل ذلك الى الأبحاث التطبيقية المتعلقة بمجالات العرف الاداري .

ـ العرف الاداري الذي استقر في فرنسا والمتضمن قيام الوزير باستشارة جماعات التمثيل المهني(١٦) .

ـ نشوء عرف اداري في مصر يحدد وسيلة اثبات حسن السمعة بالنسبة للوظائف القضائية ، وذلك بقيام البوليس باجراء التحقيق اللازم وتقديمه للوزارة(١٧) .

ـ العرف الاداري الذي اطرد على اضافة نفاذ القرارات الادارية الى تاريخ لاحق لصدورها(١٨) .

ـ العرف الاداري الذي استقر في مصر والمتضمن عدم نشر قرارات مجلس الوزراء المتعلقة بالوظيفة العامة ، والاكتفاء بتبليغها الى الجهات الادارية المختصة(١٩) .

البحث الثالث

نشوء العرف الاداري من تكرار العمل العام

قبل ان نحدد المقصود من العمل العام لابد من الاشارة الى ان أغلب فقهاء القانون الاداري(٢٠) ، وأحكام القضاء الاداري(٢١) ، حددوا نشأة القاعدة الادارية العرفية من خلال التطبيقات الفردية ، أو من قيام الادارة بنشاط معين في مواجهة حالة معينة .

لكن ما المقصود من العام العام .

نقصد بالعمل الاداري العام : l'acte generale كل عمل اداري يتضمن انشاء قواعد عامة مجردة وموضوعية .

وطبعا فاننا نستبعد هنا نشوء العرف الاداري من خلال تكرار الأعمال الفردية المتفرعة على العمل العام(٢٢) .

ففي هذه الحال تبتديء الخلية الأولى في حياة العرف من خلال العمل الفردي ، وحركة حياة العرف ـ على خلاف القواعد المسنونة ـ تتجه من الواقع الى المجرد ، من خلال تركيب جزئيات هذا السلوك المتكرر(٢٣) .

اذن المقصود بالتكرار هنا تكرار العمل العام ، وليس القرارات الفردية المتفرعة عليه .

والسؤال المطروح هو هل يمكن ان تنشأ القاعدة العرفية من خلال تكرار هذا العمل .

يجيب على ذلك بعض الفقهاء بالاثبات ، ويرون ان العرف الاداري هو المصدر القانوني لنشوء قواعد بمنح الادارة اصدار اللائحة(٢٤) .

اما بالنسبة لتكرار الكتب الدورية ، فالمثل الوحيد الذي يمكن ان نسوقه على ذلك يتجلى في العرف الذي نشأ من تكرار وزارة المالية اصدار كتب دورية بتفسير القرارات العامة الصادرة عن مجلس الوزراء والمتعلقة بالوظيفة العامة(٢٥) .

ونعتقد ان تكرار الكتاب الدوري في مثل هذه الحال ينشيء عرفا اداريا ، وذلك لوجود سلطة ادارية تقوم بالتكليف بالقاعدة هي وزارة المالية ، ثم وجود عدة أشخاص مكلفة بهذه القاعدة (بقية الوزارات) ، او بالاصح تلتزم بالتفسير .

وتجدر الاشارة الى انه لا حاجة هنا لأن يتحلل العمل العام الى قرارات فردية لأن هذه القرارات هي اداة مخاطبة الافراد في انشاء المراكز الفردية ، وهذا الشرط غير متوفر هنا ، اما الكتاب الدوري ـ كما في مثل هذه الحال ـ فوظيفته تفسير قرارات مجلس الوزراء من قبل وزارة المالية ، تفسير ذلك الى الوزارات ، ثم قيام هذه الوزارات بالالتزام بالتفسير عن طريق التطبيقات الفردية .

ونعتقد ان تكرار الكتاب الدوري ، يتوفر به مقومات القاعدة الادارية العرفية : السلطة المكلفة ـ اشخاص القاعدة ، واخيرا التأثير بصورة غير مباشرة في النظام القانوني ، وطبعا فالقاعدة الناشئة هنا هي قاعدة عرفية بمنح اختصاص .

ولكن كيف نفسر نشوء اعراف دستورية بمنح السلطة التنفيذية اختصاص اصدار لوائح الضبط .

نعتقد ان هذا العرف نشأ من خلال علاقة قانونية ، بين سلطتين دستوريتين هما السلطة التنفيذية والسلطة التشريعية ، اما موضوعه فهو تكرار اصدار لوائح الضبط من قبل الحكومة وعدم اعتراض البرلمان على ذلك(٢٦) .

وهذا ما حدث بالنسبة للوائح البوليس في مصر ، فقد كانت الحكومة قبل دستور ١٩٢٣ تلجأ الى اصدار اللوائح ، ثم جاء الدستور ، دون أن يتضمن نصا بخصوصها ، واستمرت الحكومة في اصدارها ، ولم يحدث اعتراض على ذلك

من البرلمان ، وبذلك نشأ عرف دستوري استندت اليه الحكومة في اصدار اللوائح(٢٧) .

والامر على خلافه بالنسبة لنشوء اعراف ادارية بمنح الادارة اختصاص اصدار اللائحة ، او نشوء قواعد اختصاص عرفية « مفسرة للقرارات العامة الصادرة عن مجلس الوزراء » ، ففي الحالتين المذكورتين ، ينشأ العرف الاداري في اطار الادارة ، ومن ثم فأشخاص هذا النوع من الأعراف وسلطات التكليف هي سلطات ادارية .

البحث الرابع

نشوء العرف الاداري من تكرار الأعمال المادية المقترنة بأثر قانوني

هل ينشأ العرف الاداري من تكرار الوقائع المادية المقترنة بأثر قانوني . يجيب على ذلك احد الفقهاء بالاثبات ، اذ العرف هو « اطراد السلطات العامة على اتباع مسلك معين : واقعي أو قانوني »(٢٨) .

ونحن بدورنا نتفق مع هذا الراي ، انما نقيده بضرورة اقتران المسلك الواقعي بالتأثير في النظام القانوني .

والصورة الحية لتكرار العمل المادي المقترن بأثر قانوني تتجلى في قاعدة الحلول العرفية ، فهذه القاعدة تنشأ من تكرار الوقائع المادية (غياب الرئيس) المقترنة بحلول المرؤوس « اثر ناقل للاختصاص » .

وهذه الحال الأخيرة لها نظائرها في النصوص ، فالنص ـ وعلى خلاف العرف ـ قد لا يطبق إلا بالاستناد الى عمل قانوني يتوسط بينه وبين الواقعة ، والعكس فقد يطبق بصورة مباشرة ودون الحاجة الى هذا العمل(٢٩) ، وهذا ما يحدث في حال الحلول ، فنحن امام مبدأ قانوني يقضي بانحدار الاختصاص الى المرؤوس ، وهذا الأصل ينفذ دون الحاجة الى عمل اداري يجسد المبدأ على الواقع ، ومن ثم اذا ما حدث المانع ، وهو فرض القاعدة ، اقترن ذلك بالحل ، وهو انتقال الاختصاص الى المرؤوس .

ويمكننا أن نضرب مثلا على العرف الاداري الذي انشأ قاعدة الحلول ، وذلك في العرف الذي اشارت اليه محكمة القضاء الاداري في مصر بحكمها الصادر في ١٩٥٢/٢/٢٦ والذي جاء فيه « ان قضاء هذه المحكمة قد استقر على أن العرف الاداري قد جرى منذ عهد بعيد على تخويل وكيل المديرية حق مباشرة اختصاص المدير اثناء غيابه ، ما لم يكن هنالك نص مانع ، ولما كانت لائحة الترع والجسور قد خلت من اي نص يحرم وكيل المديرية من مباشرة

اختصاص المدير في رئاسة لجان المخالفات ، فان حلوله محله في رئاسة اللجان جائز ، ولا مخالفة فيه لأحكام القانون »(٣٠) .

ولاشك ان النص عادة هو الذي يقوم بتنظيم مسائل الحلول ، ولكنه قد يغفل عن تنظيم بعض الجزئيات ، كما هي الحال بالنسبة لغياب رئيس لجان المخالفات ، وهنا يقوم العرف بالتنظيم الذي يسد هذه الثغرة .

تقييم عام لهذا البحث

تعرضنا الى معظم اعمال الادارة التي يمكن بتكرارها ان تنشيء العرف الاداري ، وهي محاولة اتسمت بالتفصيل والتطرق الى الجزئيات .

والواقع ان هذا التفصيل امر ضروري تقتضيه اهمية العمل الاداري الذي يمثل حجر الزاوية في بناء النظام الاداري العرفي .

فالعرف الاداري يقوم على العمل الاداري في موضوعه ومادته التنظيمية ، ومن ثم فما لم تتحدد هذه الخلية الأساسية التي يتكون منها بناء هذا الجسم يتعذر معرفة هذا المفهوم القانوني .

ولقد سبق ان تعرضنا الى مظاهر الاختلاط في الظاهرة العرفية ، ونعتقد ان السبب الأهم في ذلك هو عدم تحديد العمل الاداري تحديدا كافيا ، واقامة العرف أحيانا على عمل قانوني آخر كالعمل القضائي ، او على تكرار آراء الفقه وغير ذلك .

ومن جهة أخرى فقد اتضح لنا من هذه الأعمال متسع الرقعة التي يحتلها العرف الاداري من مساحة اعمال الادارة ، وبالتالي فاذا ما استثنينا الأعمال الادارية التي لا تمس بشكل من الأشكال مصالح الأفراد ، فالعرف الاداري يتناول معظم اعمال الادارة .

ونظرة سريعة الى الأعمال التي يعتمدها العرف الاداري نرى انه يستخدم القرارات الادارية بشتى اشكالها ، والقرار الاداري ، هو العصب الحساس في حياة الادارة(٣١) .

والعرف الاداري يستخدم ايضا الأعمال الاجرائية ، وهو بذلك ينتج القواعد الاجرائية الى جانب انتاجه للقواعد الموضوعية .

والعرف الاداري يمكن أن يمتد الى اقامة نظام على أساس الوقائع ، كما اتضح لنا من حلول المرؤوس محل الرئيس ، او من الأعراف المتضمنة اثبات حاله .

ولا يكتفي العرف الاداري بالاعتماد على العمل الاداري ، أو على الاعمال التي تسبق هذا العمل ، أو تلحق به ، بل قد ينشأ من اي وضع تتخذه الادارة ، مفسرين عبارة « وضع » تفسيرا موسعا ، بحيث تشمل كل حال ينشأ منها مساس في النظام القانوني ، حسب تعبير المحكمة الادارية العليا الذي سبق الاشـارة اليـه .

هذا وان تمسكنا بالتفسير الموسع لعبارة « وضع » انما يكون عن طريق ضرب بعض الأمثلة :

١ ــ تحديد بعض عناصر العمل الاداري :

مما لاشك فيه ان سبب القرار الاداري ومحله هما المجالان الحيان لسلطات الادارة التقديرية ، والسلطة التقديرية ــ كما سيتضح لنا ــ هي أم الباب في نشوء العرف الاداري .

ونفس الشيء بالنسبة لقيام العرف الاداري بتنظيم نشاط السلطة الادارية ، وذلك عن طريق تحديد أغراض واهداف معينة تلتزم بها الادارة دون غيرها(٢٢) .

ولاشك ان الفرق واضح بين قيام السلطة الادارية بممارسة نشاط عام ، وبين الالتزام بنشاط معين التزاما ذاتيا ، فهذا الالتزام ــ الذي له تأثيره في النظام القانوني ــ من المفروض به أن ينشيء القاعدة الادارية العرفية .

ويرى بعض الفقهاء ان نظرية « تخصيص الاهداف » أو مراعاة التخصص من قبل المؤسسات العامة في فرنسا ، هذه النظرية وليدة العرف الاداري(٢٣) .

٢ ــ تحديد شكل القرار :

والمثال على ذلك في العرف الاداري المتضمن اعطاء أوامر شفوية الى المقاولين من قبل الجهة الادارية المتعاقدة(٢٤) .

٣ ــ الضمنية في القرار :

ومثال ذلك العرف الاداري الذي جرى في فرنسا قبل العمل بقانون التوظيف الصادر في ١٤ اكتوبر سنة ١٩٤٦ على جواز ان يكون طلب الاستقالة بطريقة ضمنية(٢٥) .

ونعتقد أن العرف الاداري ، لا يختلف عن القواعد المسنونة من حيث القدرة على انتاج القواعد القانونية ، وإلا لما اعتبر مصدرا للقانون ، أو لوصف

بأنه مصدر ناقص لانتاج القواعد القانونية(٢٦) ، وهذا امر لا يمكن التسليم بـه .

ويمكن القول ان حيوية العرف الاداري في انتاج القواعد القانونية تكمن فيما يلي :

ـ نظام التكرار ، وهو نظام لا يعيق العرف عن التغلغل الى كافة اوصال الحياة الادارية .

ـ مادة العرف الاداري ، وهذه المادة من السعة والمرونة والشمول ، الامر الذي يعطي العرف الاداري القدرة على توليد معظم القواعد القانونية .

ويرتبط بحيوية هذا المصدر مرونته ، فهو غير مقيد ـ كما اتضح لنا ـ بشكل معين ، ويكفي بالادارة ان تلتزم بوضع او موقف قانوني معين ثم تفرغه في قالب التكرار .

الهــوامش

١ ـ د. سليمان الطماوي : النظرية العامة للقرارات الادارية ، ٥٦٨ ، ط٣ ، دار الفكر العربي ، ص٤٠٧ وانظر :

Rivero : Droit adm. op, cit; P. 20

٢ ـ مجموعة المبادىء القانونية التي قررتها المحكمة الادارية العليا في عشر سنوات من : ١٩٥٥ ـ ١٩٦٥ ، محمد سمير ابو شادي ، ص١٣٤٢ ، القضية رقم ١١٧٧ ، س٥ ، جلسة : ١٩٦٢/٢/٢٤ ، وفي ذلك قالت « العرف الاداري تعبير اصطلح على اطلاقه على الاوضاع التي درجت الجهات الادارية على اتباعها في مزاولة نشاط معين ، وينشا من استمرار الادارة التزامها لهذه الاوضاع أن تصبح بمثابة القاعدة القانونية » .

٣ ـ محمد حامد الجمل : الموظف العام ، ط٢ ، ص١٤١٢ ، وقد استعمل عبارة الاوضاع بمعنى : التعامل الاداري ـ محمد كامل مرسي بك : الاموال ، القاهرة ، ١٩٣٥ ، مطبعة الرغائب ، وقد استعمل هذه العبارة بمعنى التعديلات modifications ـ د. مصطفى البارودي : الحقوق الدستورية ١٩٥٥ ، دمشق ، مطبعة الجامعة السورية ، وقد استعملت لديه بمعنى المراكز القانونية : Situations

٤ ـ د. سمير تناغو : النظرية العامة للقانون ، ص٣٥ ـ د. عصام البرزنجي : السلطة التقديرية ، ص١٧٩ ، وقد ميز الحق الشخصي من مجرد المصلحة البسيطة : Simple intêret

ـ د. مصطفى ابو زيد فهمي : القضاء الاداري ، ط٤ ، ص٣٢٥ ، وهو يرى أن تاثير القرار في النظام القانوني لا يعني نهائيته وفقا لتعبير مجلس الدولة المصري .

٥ ـ د. بكر القباني : العرف كمصدر للقانون الاداري ، ص٢٨

٦ ـ محكمة القضاء الاداري في مصر : حكمها الصادر في ١٩٥٥/٣/١٠ ، حكم رقم ٣٤٤ ، س٥ ، ص٣٥٨

٧ ـ Vedel : Le soumission de l'administration à la loi, op, cit, P. 66

٨ ـ د. سليمان الطماوي : الوجيز في القضاء الاداري ـ قضاء التعويض ، ص٣٥٤

٩ ـ قرارها الصادر في : ١٩٥٧/٩/٨ ، المجموعة ، السنة الثالثة ، ص٤٤٩

١٠ ـ د. عادل سيد فهيم : القوة التنفيذية للقرار الاداري ، ص٢٥

١١ ـ محكمة القضاء الاداري : ١٩٥٣/٣/٦ ، المجموعة ، السنة ٦ ، حكم رقم٣١١ ، ص٦٢٤

١٢ ـ Reglade : La Contume en droit public interne, Thèse, Bordeaux 1919, P. 34 et S.

١٣ ـ د. مصطفى ابو زيد فهمي : القضاء الاداري ، ط٤ ، ص٣٢٦

١٤ ـ Stassinopoulos : Traitè des actes administratifs op, cit; P. 83

١٥ ـ Stassinopolos : Traitè des actes administratifs op, cit; P. 72 et S.

١٦ ـ C.E.14. Janvier, 1949. Federation Nationale des syndicats d, Ingenieurs des Mines, Rev public, 1949; 225

١٧ ـ حكم المحكمة الادارية لرئاسة مجلس الوزراء ، الدعوى رقم ١٦٨ ، السنة ٧ ق .

١٨ ـ المحكمة الادارية العليا : ١٤ يونيه ١٩٦٤ ، القضية رقم ٣٢٧ ، السنة القضائية ٧ ، مجموعة ابو شادي بشان القواعد التي قررتها هـذه المحكمة من (١٩٥٥ ـ ١٩٦٥) ، مبـدأ رقـم ٦٩٤ ، ص٧٣٣ ، ج١

١٩ ـ المحكمة الادارية العليا : مجموعة السنة السابعة ، حكم رقم ٧٩٨ لسنة ٦ق ، ص٤٥٦

٢٠ ـ د. سليمان الطماوي : مبادىء القانون الاداري ، ص٢٨ ـ د. محمد كامل ليله : مبادىء القانون الاداري ، ص٤٢٧ ـ د. محمود محمد حافظ : القضاء الاداري ، ١٩٦٧ ، ص٣٦ ـ محمد فؤاد مهنا : القانون الاداري العربي ، ص٨٩

٢١ ـ محكمة القضاء الاداري : ٢٢ يونيه ١٩٥٧ ، المجموعة ، السنة ١١ ، حكم رقم ٣١٦ ، ص٤٩٩ ، وقد جاء في ذلك قولها : « ان تسير الجهة الادارية على نحو معين في مواجهة حالة معينة » . ـوحكمالمحكمة الادارية العليا : ٢٤ فبراير ١٩٦٢ ، المجموعة ، السنة ٧ ، مبدأ رقم ٤٢ ، ص٣٥٥ ، وقد جاء فيه « العرف الاداري تعبير اصطلح على اطلاقه على الاوضاع التي درجت الجهات الادارية على اتباعها في مزاولة نشاط معين لها » .

٢٢ ـ محكمة القضاء الاداري : ١٩٥٠/٥/٤ ، القضية رقم ٤٥١ ، لسنة ٣ ق ، بند رقم ٥١٤ ، ص٦٩٧ ، وفي ذلك تقول « اذا كانت اللائحة التي اختلف الطرفان على تفسير مضمونها لم يصدر بها تشريع ، اذ انها لاتزال مشروعا غير مقنن ، ورغم ذلك التزمتها الجامعة وطبقتها باطراد فاصبحت قاعدة تنظيمية عامـة » .

٢٣ ـ د. عبد الاله الخاني : مقال بعنوان القانون الاداري وحقوق الانسان ، مجلة المحامين ، دمشق ، عدد ٢ لعام ١٩٧٨ ، ص٣١٥

٢٤ ـ محمد حامد الجمل : الموظف العام ، ط٢ ، ص١٤١٦ ـ زهدي يكن : القانون الاداري ، ص٨٨

٢٥ ـ محمد حامد الجمل : الموظف العام ، ط٢ ، ص١٦١٤

٢٦ ـ د. محسن خليل : مبادىء القانون الاداري اللبناني ، ص١٧٧

٢٧ ـ د. رمزي الشاعر : النظم السياسية والقانون الدستوري ، ص١٦٤

٢٨ ـ د. عبد الفتاح حسن : مبادىء القانون الاداري الكويتي ، دار النهضة العربية ، ١٩٦٩ ، ص٢٨

٢٩ ـ د. مصطفى ابو زيد فهمي : القضاء الاداري ، ط٤ ، ص١٥ وما بعدها .

٣٠ ـ مجموعة احكام مجلس الدولة ، س٦، القضية رقم ٥٢٧ لسنة ٥ق، بند١٨٨ ، ص٥٥٤

٣١ ـ د. ثروت بدوي : تدرج القرارات الادارية ومبدأ الشرعية ، القاهرة ، دار النهضة العربية ، ١٩٦٨ ـ ١٩٦٩ ، المقدمة .

٣٢ ـ د. عبد الوهاب البرزنجي : السلطة التقديرية للادارة ، ص٣٢٤ ، وهو يرى ان السلطة التقديرية تلعب دورها في تحديد اهداف النشاط الاداري .

٣٣ ـ د. بكر القباني : العرف الاداري كمصدر للقانون الاداري ، ص٤١ وانظر :

De Belmas : La Pratique administrative, op, cit; P. 88

٣٤ ـ حكم مجلس الدولة الفرنسي : ٩ ديسمبر ١٩٤٩ ، قضية : Marquis المجموعة ، ص٤٦٩

٣٥ ـ Plantey (Alain) : Traité pratique de la fonction publique, Tom 1, 2m ed, 963, P 48

٣٦ ـ محمد حامد الجمل : الموظف العام ، ط٢ ، ص١٦٢٥

الفصل الثالث

صدور العمل الاداري عن السلطة الادارية المختصة

مقدمـــة :

كنا قد اخذنا في بحث التعريف بالعرف الاداري بمفهوم « السلطةالادارية » كاساس للعرف الاداري ، على اعتبار ان هذا العرف هو مظهر التعبير عن ارادة الادارة كسلطة عامة تباشر اختصاصاتها الادارية(١) ، وليست جهة تقوم على قدم المساواة مع الافراد .

ومن جهة اخرى ، فالعرف الاداري هو عمل اداري ووظيفة ادارية ، وركن الوظيفة الادارية هو الاختصاص(٢) ، ومن ثم فلابد لهذا النشاط القانوني من ان يربط بقواعد الاختصـاص .

ولكن ما المقصود من السلطة الادارية ، وهل ان اية جهة ادارية يمكنها ان تنشيء العرف الاداري(٣) .

للجواب على ذلك يقتضي طرح الابحاث الآتية :

ـ الاختصاص كركن في انشاء العرف الاداري ـ معيار السلطة الادارية المنشئة للعرف الاداري ـ تحديد السلطات الادارية المنشئة للعرف الاداري .

البحث الأول
قواعد الاختصاص كركن في انشاء العرف الاداري

فكرة الاختصاص من اهم علامات خضوع الادارة للقانون ، ومن أوضح شواهد الدولة القانونية(٤) ، فهي في القانون العام تقابل الاهليـة في القانون الخاص(٥) .

وفكرة الاختصاص لصيقة الصلة بمبدأ الشرعية ، إذ الشرعية لا تعني التطابق مع النص ، وانما تتحقق حيث توجد اهلية التصرف ، اي حيث تتحقق الشرعية العضوية او ما يسمونها الشرعية الخارجية(٦) .

« ويمكن القول ان مبدا المشروعية يتبلور في النهاية بوجوب احترام القواعد المحددة لسلطات الهيئات العامة والمنظمة لاختصاصاتها بحيث تدور قدرات الهيئات العامة اتساعا وضيقا مع الضوابط التي تحددها لها قواعد الاختصاص »(٧) .

والقواعد الادارية العرفية ـ ولاشك ـ تخضع للنظرية العامة للعمل الاداري ، ومن ثم فلا يمكن إلا أن تكون تعبيرا عن ممارسة السلطة الادارية لاختصاصاتها الادارية ، وبالمقابل فان صدور العمل الاداري العرفي عن سلطة غير مختصة يعيب هذا العمل بعيب عدم الاختصاص وفقا للأصول العامة ، وباعتبار ـ كما أكدنا ـ ان العمل العرفي هو عمل اداري يخضع للأصول العامة لهذا العمل الأخير دون أن تكون له ـ في نظرنا وفيما يتعلق بقواعد الاختصاص ـ قواعد معينة ينفرد بها .

وعلى هذا الأساس وجريا مع بعض الفقهاء(٨) ، فقد ادخلنا الاختصاص كعنصر في التعريف ، كما أدخلناه في صيغة شرط ايجابي في البحث المتعلق بتكوين هذا العرف .

البحث الثاني

معيار السلطة الادارية المنشئة للعرف الاداري

في التعريف بالعرف الاداري ، انتقدنا التعاريف التي ربطت هذا العرف بالهيئة الادارية او بالجهة الادارية ، أو بالادارة ، وفي نفس الوقت انتقدنا التعريف الذي حدد نشوء هذا العرف في اي قسم من اقسام الادارة ، وبالمقابل فقد ربطنا العرف الاداري بالسلطة الادارية .

والسؤال المطروح هنا ، ما المقصود من السلطة الادارية المنشئة للعرف الاداري .

لاشك ان مدلول هذه السلطة اضيق من اللازم اذا ما اعتبرنا كل هيئة ادارية او جهة ادارية تنشيء عرفا اداريا ، ذلك لأن هذه الجهات ، قد لا تملك التعبير عن ارادتها باصدار التصرفات والأعمال الادارية المؤثرة في النظام القانوني.

ومن جهة اخرى ، فهذا المدلول اوسع من اللازم اذا ما قصرنا الأمر على السلطات الادارية المتمتعة بالشخصية المعنوية .

ونعتقد ان تحديد السلطة الادارية في معرض نشوء العرف الاداري ، يجب ان ينطلق من معيار العمل الاداري ، وذلك بربط هذه الفكرة بالسلطة المختصة

باصدار العمل الاداري الذي له تأثيره في النظام القانوني وفقا للتحديد الذي سبق قيامنا بـه .

فالعضو التنفيذي organ d'excution الذي ينفذ القرارات الادارية ـ وهذه عملية مادية مؤثرة في النظام القانوني ـ هذا العضو يعتبر سلطة ادارية مختصة في انشاء عرف اداري تنفيذي .

ونفس الشيء بالنسبة لقيام سلطة ادارية بنشر القرار(٩) ، او قيامها باجراء تحقيق(١٠) او كشف طبي على موظف(١١) .

بقي علينا أن نحدد ـ على ضوء هذا المعيار ـ السلطات الادارية المنشئة للعرف الاداري .

البحث الثالث

تحديد السلطات الادارية المنشئة للعرف الاداري

لو افترضنا ان هيئة او جهة تقع خارج التنظيم الاداري العام للدولة ، هذه الجهة قامت باصدار العمل الاداري وكررته ، ثم التزمت به ، فهل يمكن ان ينشأ من جراء ذلك عرف اداري .

هذه المسألة تطرحها ظاهرة الازدواج الوظيفي ، إذ قد تقوم سلطة معينة بممارسة المظهر الأساسي لوظيفة تتعلق بسلطة اخرى .

وعلى سبيل المثال ، فالسلطة القضائية ، وهي المختصة باصدار الأعمال القضائية ، قد يكون لها بجانب صفتها القضائية سلطة أخرى ادارية تصدر بمقتضاها أعمالا ادارية عادية(١٢) .

والواقع ان القانون لا يقوم على التقرير المطلق لمبدا الفصل بين السلطات ، إذ ان التخصص الوظيفي الذي هو اساس هذا المبدا لا يصل الى نهايته ، ومن ثم فحين تتخصص هيئة عامة في اعمال وظيفة من وظائف الدولة ، فانه استثناء من هذا الاصل قد يكون لها حق المشاركة في بعض مظاهر الوظائف الأخرى ، بمعنى ان مقتضيات العمل قد حالت دون أن يتطابق التقسيم العضوي مـع التقسيم الوظيفي(١٣) .

واستنادا الى ما تقدم ، فاننا اذا ما اخذنا بالمفهوم الموسع للسلطة الذي يعني كل جهة تملك حق التكليف(١٤) ، ثم اذا اخذنا بالمفهوم الوظيفي للادارة والذي يعني النشاط او الانشطة التي تتولاها المنظمات أو الهيئات ، واخيرا

الدولة(١٥) ، اذا اخذنا بذلك ، فالمعتقد اننا نواجه السلطة الادارية في الحالات الآتية :

الفرع الأول

النشاط الاداري للجهاز الاداري في مجلس الشعب

ذلك ان هذا المجلس له الى جانب نشاطه التشريعي نشاط اداري ، فالامين العام فيه ليس جزءا منه ، بل هو موظف في جهاز اداري يقوم بالمهام المالية والادارية التي لا غنى عن ادائها حتى يتمكن المجلس من القيام بوظيفته الأساسية، وهي الوظيفه التشريعية .

ولقد اكدت ذلك محكمة القضاء الاداري في مصر ، قالت « المقصود بالسلطة الادارية فيما يتعلق بالموظفين العموميين في معنى الفقرتين ٦ و ٣٥ من قانون مجلس الدولة هي الهيئة الرئاسية المنوط بها اصدار القرارات الادارية في شؤونهم الوظيفية ، وتشمل هذه الهيئة رئيس مكتب كل من مجلسي البرلمان بالنسبة الى شؤون موظفيه »(١٦) .

فهنالك اذن داخل المجلس جهاز اداري معاون ، وهذا المجلس يعتبر جهازا اداريا عاديا يخضع لاختصاص القضاء الاداري(١٧) .

وفي رأينا انه في اطار ممارسة الوظيفة الادارية (المزودة بأساليب القانون العام) من الممكن للعرف الاداري ان ينشأ ضمن الجهاز الاداري للمجلس اذا ما تحققت الشروط المطلوبة .

الفرع الثاني

النشاط الاداري للسلطة القضائية

ولقد ميز القضاء الاداري في نطاق هذه السلطة ادارة المرفق من سيره ، فاعتبر الأعمال الثانية قضائية ، في حين اعتبرت الأعمال المتعلقة بتنظيم هذا المرفق أو المتعلقة بشؤون الموظفين ، اعتبرت اعمالا ادارية .

فالجهات القضائية المختصة بادارة المرفق العام القضائي تتصرف في هذا المرفق كسلطة ادارية ، وفقا لظاهرة الازدواج الوظيفي(١٨) .

الفـرع الثالث

النشاط الاداري لسلطات الضبط

وتبدو فكرة الازدواج الوظيفي جلية في الأعمال التي يقوم بها رجال الشرطة ، فهم يقومون ببعض الأعمال بصفتهم من رجال الضبط الاداري ، أي كجهة ادارية ، مثل اجراءات المحافظة على النظام ومنع وقوع الجرائم وحماية الارواح وتنفيذ ما تفرضه القوانين من التكاليف .

وقد يتصرك هؤلاء بصفتهم من رجال الضبط القضائي ، فتعتبر أعمالهم اعمالا قضائية ، مثل الكشف عن الجرائم وجمع الاستدلالات المتعلقة في الدعوى(١٩) .

ونفس الشيء بالنسبة للأعمال التي تصدر عن النيابة العامة ، فهذه الجهة تصدر اعمالا قضائية بالنسبة الى كل اجراء تباشره بصدد التحقيق في جريمة ، ولكن اعمالها تعتبر ادارية خارج ذلك(٢٠) .

ولقد تعرضنا الى العرف الاداري الذي نشأ في اطار سلطات الضبط الاداري والمتضمن التحقيق حول « حسن السمعة » بالنسبة للوظائف القضائية .

الفـرع الرابـع

النشاط الاداري للنقابات المهنية والهيئات والطوائف الدينية

ولقد منح القضاء الاداري في مصر هذه الهيئات الصفة الادارية ، واعتبرها من اشخاص القانون العام : personnes morales du droit public

وفي هذا الصدد قضت محكمة القضاء الاداري في مصر بالنسبة لنقابة المحامين ، قالت هذه المحكمة « ان مجلس النقابة وهيئات التأديب فيها تعتبر هيئات ادارية تصدر قرارات ادارية وتدير مرافق عامة »(٢١) .

كما قضت هذه المحكمة « بان بطركخانه الأقباط الأرثوذكسية تعتبر من اشخاص القانون العام تأسيسا على أن وظيفتها هي رعاية مرافق الأقباط ، وانها تتمتع في سبيل ذلك بنصيب من السلطة العامة »(٢٢) .

الفرع الخامس

النشاط الاداري للسلطات الدولية

قد تمارس السلطات الدولية « الهيئات والمنظمات الدولية » الوظيفة الادارية في صدد تنظيم الأجهزة الادارية التابعة لها ، أو فيما يتعلق بتكوين هذه الأجهزة واجراءات العمل فيها ، واخيرا فيما يتعلق بنظام الموظفين الذين يعملون فيها(٢٢) .

وفي نفس الوقت فقد تتبنى هذه السلطات قواعد القانون الاداري الداخلي، فينشأ ماتسميه بظاهرة القانون الاداري الدولي: Droit etatique administrative وهذا ما يفسح المجال لنشوء العرف الاداري في اطار هذه السلطات ، وكمظهر من مظاهر الوظيفة الادارية .

الهـوامش

١ ـ د. بكر القباني : العرف الاداري كمصدر للقانون ، ص١٦

٢ ـ د. سليمان الطماوي : النظرية العامة للقرارات الادارية ، .بقاهرة ، دار الفكر العربي ، ط٣ ، ١٩٦٦ ، ص٣٩٩

٣ ـ د. محمد كامل ليله : مبادىء القانون الاداري ، ص٤٢٧ ، وقد ربط العرف الاداري بالجهة الادارية ، وانظر حكم المحكمة الادارية العليا : ٢٤ فبراير ١٩٦٢ ، المجموعة ، مبدأ رقم ٤٢ ، ص٣٥٥ ، وقد جاء فيه « العرف الاداري تعبير اصطلح على اطلاقه على الاوضاع التي درجت الجهات الادارية على اتباعها في مزاولة نشاط معين » ـ وانظر حكم هذه المحكمة الذي ربط العرف الاداري بالسلطة الادارية بقوله « العرف الاداري هو كل قاعدة جرت عليها السلطة الادارية واتخذتها شرعة ومنهاجا » ـ حكمها الصادر في ١٩٦٠/٣/٢٦ ، المجموعة ، السنة الخامسة ، ص٥٧٠

٤ ـ د. عبد الحميد الحشيش : مبادىء القضاء الاداري ، ص١٨

٥ ـ د. سليمان الطماوي : الاسس العامة للعقود الادارية ، ص٥٤

٦ ـ Debbach (charles) : droit administratif 2 ed, Paris, op, cit P. 558

٧ ـ د. طعيمة الجرف : مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الدولة للقانون ، ص٧٦

٨ ـ د. بكر القباني : العرف كمصدر للقانون الاداري ، ص٢٨ ، وفي ذلك يقول « ينبغي ان تصدر العادة الادارية عن جهة الادارة ذات الاختصاص بمباشرة التصرف الايجابي أو السلبي الذي يكون محلا للاعتياد الاداري » .

ـ د. محمد كامل ليله : مبادىء القانون الاداري ، ص٤٢٧ ، وقد اشترط ان يصـدر العرف الاداري عن السلطة الادارية المختصة .

٩ ـ العرف الاداري المتضمن اسلوب تنظيم تبليغ القواعد العامة المتعلقة بالوظيفة العامة والصادرة عن مجلس الوزراء ، حيث اكتفي بتبليغ الجهات الادارية دون النشر في الجريدة الرسمية ـ محكمة القضاء الاداري في مصر ، س٧ ، حكم رقم ٧٩٨ لسنة ٦ ق

١٠ ـ العرف الاداري الذي استقر في مصر والذي حدد وسيلة اثبات حسن السمعة بالنسبة للوظائف القضائية ، فقد اطرد العمل على قيام البوليس باجراء التحقيق اللازم وتقديمه الى وزارة العدل ـ الحكم في الدعوى رقم ١١٦٨ لسنة ٢ ق .

١١ ـ العرف الاداري الذي استقر في مصر والذي كان يلزم الموظف الالتجاء الى وظيفته طالبا اعادة الكشف الطبي عليه او امتداد الاجازة ـ محكمة القضاء الاداري : ١٩٥٢/٢/٦ ، المجموعة ، س٦ ، حكم رقم ١١ ، ص٦٣٤

١٢ ـ Debbach (Charles) : Droit administratif, op, cit; P. 53

١٣ ـ د. عبد الفتاح حسن : القضاء الاداري ـ قضاء الالغاء ، ١٩٧٩ ، المنصورة ، مكتبة الجلاء الجديدة ، ص١١٦

١٤ ـ د. حسن كيره : المدخل الى القانون ، ص٩٧ ، وانظر :

Dabin : Theorie generale du droit, op, cit; P. 33

والفقيه المذكور يعتبر الافراد سلطة عامة .

١٥ ـ د. طعيمة الجرف : القانون الاداري ، القاهرة ، ١٩٧٨ ، ص١٠٧

١٦ ـ مجموعة المبادىء التي قررتها هذه المحكمة ، س٣ ، حكم رقم ٢٦ ، جلسة : ١٩٤٨/١٢/١ ، ص١٠٦

١٧ ـ د. عبد الفتاح حسن : القضاء الاداري ـ قضاء الالغاء ، ص٥٤ ـ مجموعة مبادىء محكمة القضاء الاداري في مصر ، س٣ ، حكم رقم ٢٦ ، ص١٠٦ ـ د. محسن خليل : مبادىء القانون الاداري اللبناني ، جامعة بيروت العربية ، ١٩٧٧ ، ص٢١

١٨ ـ د. سليمان الطماوي : القضاء الاداري ـ قضاء الالغاء ، ص٤٢٨

١٩ ـ د. عبد الفتاح حسن : القضاء الاداري ـ قضاء الالغاء ، ص١١٦

٢٠ ـ د. عبد الفتاح حسن : القضاء الاداري ـ قضاء الالغاء ، ص١١٨ ، د. قدري عبد الفتاح الشهاوي : جرائم السلطة الضبطية ، دار النهضة العربية ، ١٩٧٧ ، ص٩٠ ، وقد اسمى هذه الاعمال القرارات الادارية القضائية .

٢١ ـ الحكم رقم ٣٩٢ تاريخ : ١٩٥٠/١٢/٢٦ ، ـ السنة القضائية الثانية ، المجموعة السنة الخامسة ، ص٣٢٥

٢٢ ـ محكمة القضاء الاداري : ١٩٥٤/٤/٦ ، المجموعة السنة الثامنة ، القضية رقم ٨ لسنة ٧ ق ، ص١١٧١ وحكمها رقم ٤٢١ لسنة ٤ ق ، جلسة : ٧ نوفمبر ١٩٥٤ ، المجموعة السنة ٩ ، ص٣١ ، والتعلق بقرارات المجلس الصوفي الاعلى .

٢٣ ـ د. سامي عبد الحميد : القاعدة الدولية ، ص٣٠

الفصـــل الربـــع

مشروعيـــة العـــرف الاداري

تعني عبارة « الدولة القانونية » خضوع سلطات الدولة للقانون ، ولكن ما يهمنا هنا هو أحد عناصر هذا المبدأ ، وهو خضوع الادارة للقانون(١) .

وخضوع الادارة للقانون أو الشرعيةالادارية: La legalitè administrative يعني التزام كافة الأجهزة الادارية فيما تقوم به من أعمال وما تصدره من قرارات بالقانون(٢) ، ويعني أيضا خضوع العرف الاداري للقانون ، أو ما نسميه بمشروعية العرف الاداري .

ولكن ماذا تعني عبارة « القانون » .

يرى جمهور الفقهاء ان معنى القانون يتسع لكافة القواعد القانونية التي تلتزم بها الادارة سواء أكانت مكتوبة أم غير مكتوبة(٣) ، وطبعا فهذا المعنى لا يشمل القواعد الفردية لأن هذه القواعد ليست ملزمة في ذاتها ، وانما باعتبارها تطبيقا لقاعدة عامة ومجردة ، فمثلا لا تلزم العقود بذاتها ولكن يرجع احترام ما توجبه من التزامات الى القاعدة العامة القائلة : العقد شريعة المتعاقدين(٤) .

ومن جهة أخرى فسنستهل هذا البحث بالتعرض الى مضمون مشروعية العرف الاداري ، منوهين بأن مشروعية العرف الاداري هي مشروعية العمل المكون له ، وهـذا ما يبرر لنـا الكلام عن مشروعية العرف الاداري في الباب المخصص للعمل الاداري .

البحث الأول

مضمون مشروعية العرف الاداري

لا حاجة للقول بأن التزام العرف بالشرعية في مجال روابط القانون الخاص يأخذ مظهرا سلبيا ، إذ القانون في هذا المجال يكتفي بأن يضع حدا خارجيا يفرض على المتصرف العمل من خلاله .

والعرف في مجال القانون الخاص مجرد التعبير الذاتي عن ارادة الأفراد في

حدود الشرعية ، ومبدأ الشرعية لا يدخل كعنصر في تكوين العرف المذكور ، وانما مجرد شرط من سلامته وصحته القانونية .

ولكن هذه المسألة تأخذ على صعيد القانون الاداري مظهرا آخر . فالعمل الاداري لا يكتفي بأن يجعل من القانون حدا : Limite ، بل غاية : but وذلك بتفسيره للنص أو بوضعه موضع التطبيق(٥) .

وبهذا التحديد فالاعراف المنفذة للقانون ـ بالمعنى الواسع لكلمة التنفيذ ـ هي اعراف مشتقة من القانون ، والشروط بهذا الوصف ليست سلبية ، وانما نحن امام اعمال ارادة القانون والنزول عند احكامه(٦) ، ومن ثم فهذا ما يبرر لنا الكلام عن مشروعية العرف الاداري في الابحاث المتعلقة بتكوين هذا العرف .

ويتضح مما سبق ان الخضوع للقانون له معنيان : معنى ادنى ومعنى اقصى ، فالمعنى الادنى هو عدم التعارض مع القانون ، في حين يفيد المعنى الاقصى التوافق مع النصوص .

فبالنسبة للمعنى الأول يكون عمل الادارة مشروعا اذا لم يكن هنالك تعارض مع نص القانون(٧) .

اما بالنسبة للمعنى الاقصى ، فلا يكفي عدم التعارض ، وانما لابد من التوافق بين عمل الادارة وبين التنظيم التشريعي ـ علاقة التطابق(٨) .

وبمعنى اوضح فالعمل الاداري يجب أن يتخذ من التنظيم التشريعي نموذجا له ، فبالنسبة لعملية وضع القواعد الادارية والأعمال الادارية بصفة عامة ، يجب أن تتم مطابقة للاجراءات المحددة في التشريع فتصدر عن عمال الادارة المنصوص عليهم في القانون ، وان يقوم كل منهم بالعمل المبين بالنصوص وفقا للاجراءات المحددة فيها ، ولا يكون مضمون العمل مشروعا وفقا للمفهوم الأقصى إلا اذا سار على نموذج التشريع(٩) .

ولكن ما هي المسألة بالنسبة للعرف الاداري ، وهل يلزم لاكتسابه صفة المشروعية ان لا يتعارض مع القانون ، أم يجب أن يتفق معه .

نعتقد ان المعنى الادنى للشرعية يعتبر قاعدة عامة في القانون الاداري ، بينما يرد المعنى الاقصى كاستثناء على القاعدة العامة .

وعلى هذا الأساس يجب التفريق بين حالة التنظيم التشريعي المفصل الذي يحدد مسلكا واحدا لا تستطيع الادارة الحيدة عنه ، وبين الحال التي يترك فيها القانون للادارة حرية التصرف .

فاذا كان العمل الاداري المكون للعرف مفسرا للنص ، او واضعا اياه موضع التطبيق ، فهنا يجب على العرف الاداري أن يتطابق مع احكام النص .

وبالعكس ، فاذا ما نشأ العرف دون أن يستند الى نص « العرف المكمل » او نشأ من خلال ممارسة الادارة لسلطتها التقديرية ، ففي الحالين يكفي ان لا يتعارض العرف مع القانون .

وبذلك يتضح أن عدم المعارضة هي فكرة سلبية ، بينما نجد في « المعنى الأقصى » رابطة ايجابية ، إذ يقوم العرف بتنفيذ النص ، او بوضعه موضع التطبيق او بتفسير احكامه .

وغير خاف ان علاقة التطابق مع النص تثير عدة مظاهر من الأعراف الادارية مثل : العرف المفسر ـ العرف الذي يطبق احكام النص .

ومن جهة أخرى فالخروج على نصوص القانون يثير ايضا عدة مظاهر من العادات مثل : العرف المخالف ـ العادة الناشئة من الخطأ في تفسير القانون ـ العادة الناشئة من اسقاط النصوص ، وهذا ما سنعرض له في ابحاث مقبلة .

المبحث الثاني

خضوع العرف الاداري لمصادر الشرعية الادارية

ذكرنا سابقا أن تفسيرنا لخضوع الادارة للقانون ، يجب ان يأخذ المعنى الموسع لعبارة « القانون » .

وفي هذا الصدد نذكر بحكم المحكمة الادارية العليا في مصر القائل « ان عيب مخالفة القانون ليس مقصورا على مخالفة نص في قانون او لائحة ، بل هو يصدق على مخالفة كل قاعدة جرت عليها الادارة ، او اتخذتها شرعة لها ومنهاجا »(١٠) .

وعلى ضوء ذلك سنعرض لكافة مصادر الشرعية ، وسنقوم بتقسيمها الى قسمين : المصادر المكتوبة ، ثم المصادر غير المكتوبة .

الفـرع الأول

خضوع العرف الاداري للمصادر المكتوبة

لاشك ان المصادر المكتوبة التي تمد النظام الاداري بالقواعد القانونية هي الدستور ـ التشريعات العادية ـ التشريعات الفرعية « اللوائح » .

أولا ــ الدستور :

« لقد اجمع الفقهاء والقضاء على ان الدستور يتربع على قمة الهرم القانوني، ويعتبر اساسا لمبدأ المشروعية ، سواء اخذنا في الاعتبار مدلوله الموضوعي ام الشكلي .

فالدستور من الناحية الشكلية ، هو عمل السلطة المؤسسة ، واما سائر اعمال السلطات الأخرى من ــ تشريعية الى تنفيذية الى قضائية ــ فهي عبارة عن سلطات مؤسسة ، وتستمد وجودها من السلطة الأولى .

واذا نظرنا اليه من حيث مدلوله الموضوعي ، وجدنا انه يحدد سلطات الحكم ، ويبين اختصاصاتها ووظائفها ، ومن ثم فكافة الأعمال الصادرة عن هذه السلطات ، يجب أن تكون في الاطار المرسوم لها دستوريا »(١١) .

وتتمتع بالقوة الدستورية ، ليس فقط النصوص الدستورية المتعلقة بشكل الدولة ونظام الحكم ، وانما النصوص الدستورية في شكلها فقط ، وليس في موضوعها والتي ادرجت في صلب الدستور(١٢) .

هذا وننوه بأن الدستور قد يتضمن بعض القواعد والمبادىء الفلسفية والعلمية التي تقتصر على توجيه اهداف النظام وتوضح معالمه ، دون أن تتضمن أحكاما عامة(١٣) .

ثانيا ــ خضوع العرف الاداري للتشريعات العادية :

هل تستطيع القاعدة العرفية ان تخالف التشريعات العادية .

لقد اثارت هذه المسالة خلافات حادة على صعيد القانون الخاص ، وذلك بين انصار الاتجاه الشكلي المتطرف الذين يعتبرون التشريع المصدر الوحيد للقانون ، وبين غلاة الاتجاه الموضوعي الذين يرون العرف حجر الزاوية في النظام القانوني باعتباره أقرب الوسائل للتعبير عن الارادة العامة(١٤) .

اما على صعيد القانون الاداري ، فالمسالة تاخذ طابعا خاصا وتنضوي تحت فكرة خضوع الادارة للقانون .

ولكن على اي اساس يقوم هذا الخضوع .

يرى بعض الفقهاء ان هذا الخضوع ذو طبيعة سياسية ، إذ ان العمل الذي يصدر عن البرلمان هو عمل سيادة : acte souverain ، يجسد الارادة العامة ارادة الأمة : la volontè generale ، وهو يحمل سمات هذه الارادة من سيادة وقوة وشمول ، والامر على خلافه بالنسبة للسلطة التنفيذية ، فهي ليست ذات سيادة ، وانما سلطة تابعة ومشتقة(١٥) .

هذا ويقيم بعضهم هذا التدرج على اسباب وخصائص فنية . فالعرف في نظر هذا الفريق ـ يعتبر مصدرا ناقصا للقواعد القانونية ، فهو لا يشكل ضمانا مثل التشريع ، إذ يظهر ويختفي دون الوضوح الذي نراه في النصوص(١٦) ، ومن غير المنطقي أو المعقول ان نسمح للارادة غير الثابتة او المتماسكة أو المحددة ان تتغلب على الارادة العامة المنظمة والواضحة المتمثلة في التشريع(١٧) .

ونعتقد انه من غير الجائز اقامة التدرج بين القواعد القانونية على اساس الوضوح ، وغير ذلك من الصفات ، وانما على درجة التعبير عن الارادة ، ومن ثم فان اقامة اية نظرية لتدرج القواعد القانونية ، انما يتم على اساس قوة كل قاعدة في تجسيد الارادة العامة والتعبير عنها ، هذا فضلا عن ان العرف قد يتميز على النصوص في بعض الخصائص .

وتجدر الملاحظة الى ان التعارض بين القاعدة العرفية والنصوص التشريعية ، انما يتم في نطاق تطبيق القاعدة العرفية ، وليس في مجال آخر « إذ يمكن ان تطبق قاعدة عرفية في شخص اداري عام ، مادامت لا تتعارض مع احكام هذا النظام ، وإن تعارضت مع قواعد تشريعية أخرى مطبقة لدى شخص آخر ، وبالتالي فلا مجال لاثارة التعارض بين القاعدة العرفية والنصوص إلا في الحدود التي تطبق فيها القاعدة ، وليس مع انظمة مطبقة في مجال آخر ، كذلك فلا مجال لاثارة تعارض العرف الاداري السائد في اشخاص عامة أخرى ، او في قسم اداري في ذات الشخص العام »(١٨) .

ولقد ارسى القضاء الاداري في مصر ، وفي احكام غزيرة سمو التشريع على العرف الاداري ، ومهما كانت درجة العضو الاداري الذي ينشيء العرف ، وحسبنا التعرض الى بعض هذه الاحكام :

ـ حكم المحكمة الادارية العليا في مصر ،وقد جاء فيه«يشترط لاعتبار العرف

ملزما ان يتوفر به شرطان : ١ ـ ان يكون عاما وان تطبقه الادارة بصورة دائمة وبصورة منتظمة ، ٢ ـ ان لا يكون مخالفا لنص قائم »(١٩) .

ـ وحكمها ايضا « لا يصح ان تنشيء الادارة عرفا على خلاف القواعد المقررة في القانون المكتوب ، سواء اكان ذلك القانون نصا دستوريا ، أم تشريعا عاديا ام لائحة ، واذا حدث ونشأ ذلك العرف فانه يكون باطلا ، ولا ترتفع عنه صفة البطلان مهما طال الزمن »(٢٠) .

واستطرادا فالتشريع العادي يشمل ما يلي :

« القوانين التي يقرها مجلس الشعب : la loi

ـ القاعدة القانونية الصادرة عن المشرع في الدولة بصرف النظر عن شكل وتركيب وصورة ذلك المشرع ، فقد يكون هو البرلمان ، وقد توجد هيئة اخرى او شخص آخر يقوم حسب نظام الدولة الدستوري بوضع القانون متى خولت اختصاصا تشريعيا ، والمثال على ذلك في الأعمال ذات الصفة التشريعية التي صدرت في ظل الدستور المؤقت الصادر عام ١٩٥٢ ، فهذه النصوص ، وان صدرت عن السلطة التنفيذية إلا انها تعتبر بمثابة القوانين .

ـ المعاهدات التي يبرمها رئيس الجمهورية بعد التصديق عليها أصولا»(٢١)

ثالثا ـ تدرج اللائحة وتدرج العرف الاداري :

لو أمعنا النظر في العناصر التي يتكون منها كل من القاعدة الادارية العرفية والقاعدة التي تنشئها اللائحة لرأينا ان هاتين القاعدتين من طبيعة واحدة .

فكلتاهما ـ وفقا للمعيار العضوي ـ عمل اداري ، لانهما تعبير عن ارادة الادارة ، وكلتاهما عمل قاعدي : acte reglé ، وفقا للمعيار الموضوعي أو المادي ، وباعتبارهما يتضمنان قاعدة عامة ومجردة .

وعلى هذا الاساس فان اقامة اية موازنة بين قوة هاتين القاعدتين انما يجب أن ينطلق من هذين العنصرين .

ولاشك انه لا يمكن اقامة التدرج بينهما على أساس موضوعي ، إذ لسنا امام عمل فردي يخضع لقاعدة عامة ومجردة ، ومن ثم فليس امامنا إلا اقامة التدرج على أساس عضوي ، اي تبعا لدرجة ومرتبة العضو الاداري الذي ينشيء العمل الاداري(٢٢) .

واذا كانت العوامل الاجرائية قد تدخل كعنصر في تكوين اعمال الادارة ، وفقا للقواعد العامة(٢٢) ، فانه لا يمكننا ــ بصورة مطلقة ــ القول بسمو العمل الاداري اللائحي على العمل العرفي ، اللهم الا اذا اتسمت اللائحة ، او استقلت بعنصر عضوي او اجرائي او بقوة قانونية « مثلا دعوة البرلمان الادارة الى اصدار اللائحة »(٢٤) .

واذا كان القضاء الاداري في مصر قد غلب اللائحة على العرف ، فاننا نعتقد ان هذا التغليب لا يشمل اللوائح التي تصدر عن محض ارادة الادارة .

ودليلنا على ذلك ان اغلب هذه الاحكام يرد سمو اللائحة على العرف لاسباب خاصة ، ولا يمكن ان نستنتج من ذلك اعطاء حكم مطلق لصالح قوة اللائحة .

وعلى سبيل المثال فالمحكمة الادارية العليا في مصر ردت خضوع العرف للائحة(٢٥) ، للاسباب الآتية :

ــ لكي لا نبرر الاهمال في مجال الوظيفة العامة .

ــ تجنب قيام العرف بتعديل القواعد القانونية الآمرة .

والمتفحص لهذه المبررات يتضح له لا علاقة لها البتة بالتدرج الذي يحكم العرف باللائحة التي تصدر عن محض ارادة الادارة ، اذ ان هاتين الظاهرتين « العرف واللائحة المذكورة » ، هما قواعد قانونية مرخصة ، وتصدران عن محض ارادة الادارة ، ومن ثم فمبررات التدرج هنا تختلف عن المبررات التي ساقتها المحكمة الادارية العليا في حكمها المذكور اعلاه .

كما لا يمكننا ان نرد سمو التشريع على العرف الى مبدا سيادة القانون ، والقول تبعا لذلك بأن هذا التغليب « يعتبر افتئاتا على السلطة التشريعية »(٢٦)، وذلك لسبب بسيط هو غياب السلطة التشريعية في مثل هذه الحال من المقارنة ــ مقارنة العرف باللائحة التي تصدر عن محض ارادة الادارة .

ومن جهة اخرى فاذا قلنا ان النص يسمو بصورة مطلقة على العرف الاداري ، فلابد من ان نرد ذلك الى سبب ما ، ونعتقد ان هذه الاسباب لا تتعدى الاسباب السابقة : السبب الشكلي ــ السبب الاجرائي .

فالقاعدة القانونية تستمد قوتها من جهة اصدارها، وقوتها تتحدد بحسب

المستوى الذي تشغله هذه الجهة(٢٧) ، والعمل العرفي هو عمل اداري يستمد قوته من ارادة الجهة التي تنشئه(٢٨) ، مثله في ذلك مثل العمل اللائحي ، وبالتالي فلا مجال لتحديد قوة العمل الاداري إلا بالاستناد الى نظم التدرج المذكورة .

ولقد انطلقنا في رأينا هذا من كون القاعدة العرفية مصدرا أصليا من مصادر القانون ، وشكلا من اشكال التعبير عن ارادة الادارة ، ومن ثم فالادارة تعبر عن ارادتها باشكال واعمال مختلفة ، والتدرج بين هذه الأعمال يقوم على درجة الجهة التي اصدرتها .

وبصورة اوضح ، فالتدرج لا يمكن اقامته على أسباب وخصائص فنية ، فنقول مثلا بسمو النص على العرف لأن الاخير اقل ثباتا وتحديدا incertain, souvant incherant ou mal determinée ، كما انه لا يمكن القول بأن النص يسمو على العرف لأنه تعبير عن الارادة الصريحة في حين ان العرف تعبير عن الارادة الضمنية ، إذ من غير الجائز لارادة ان تتغلب على ارادة اخرى مساوية لها(٢٩) .

هذا ويمكن الجري مع بعض الفقهاء، والقول بان التدرج بين العمل الاداري والعمل التشريعي يحكمه الاختلاف في الطبيعة(٣٠) ، طبيعة العمل التشريعي المعبر عن الارادة العامة وطبيعة العمل الاداري كتعبير عن ارادة السلطة الادارية ، والعكس بالنسبة لتدرج اعمال الادارة ، فجميعها من طبيعة واحدة ، ونظام التدرج هذا يقوم على أساس الدرجة ، وليس على أساس الطبيعة .

والدرجة هنا هي درجة العضو الاداري ، أو تبعا لتعقيد اجراءات العمل الاداري المكون للعرف ، هذا فضلا عن ان قيام اللائحة على الارادة الذاتية للادارة(٣١) ، يجعلها من طبيعة واحدة مع العرف الاداري ، والعكس اذا ما صدرت اللائحة بناء على دعوة من البرلمان مثلا ، فان ذلك يغير من قوة ونظام التدرج .

أما اذا قامت اللائحة على التقييد الذاتي لارادة الادارة ، فاننا نكون أمام قاعدة ادارية تماثل في طبيعتها العمل العرفي(٣٢) ، وعندئذ « فالتدرج يمكن ان يقوم بين القواعد المدونة وغير المدونة ، ومن الممكن لقاعدة غير مدونة ان تعلو على قاعدة أخرى مدونة »(٣٣) .

وعلى ضوء ذلك ، فاننا نعتقد ان اللائحة الناشئة في اطار سلطة مرؤوسه

لا يمكنها ولمجرد كونها لائحة ان تلغي العرف السابق ، والناشيء في اطار سلطة ادارية رئاسية(٢٤) .

كما ويمكننا ان نناقش الراي القائل « ان تمتع الادارة بسلطة وضع اللوائح من تلقاء نفسها وبدون دعوة البرلمان ، مما يفتح لها الباب للجري على اعراف ادارية بدلا من اصدار اللوائح »(٢٥) ، يمكننا مناقشة هذا الراي وتاييده لجهة قيام سلطة العرف الاداري بدلا من سلطة اللائحة طالما ان الظاهرتين مظهران لحقيقة وارادة واحدة .

كما ونذكر ــ في هذا المقام ــ براي الفقيه فيدل ، اذ اعتبر العرف واللائحة من طبيعة واحدة ، والخلاف بينهما في المظهر والشكل ، وليس في الجوهر ، وعلى هذا فقد اطلق على الظاهرة الاولى تسمية « اللائحة الفعلية او الكامنة : reglements - virtuels ، في حين اطلق على الظاهرة الثانية اللائحة الرسمية »(٢٦) .

الفرع الثاني

خضوع العرف الاداري للمصادر غير المكتوبة للشرعية الادارية

وسنتعرض هنا الى تدرج العرف الاداري مع القواعد الاتية :

قواعد العرف الدستوري ــ الاعراف التشريعية ــ المباديء العامة للقانون ــ خضوع العرف الاداري للأعراف الادارية الأسمى مرتبة .

اولا ــ خضوع العرف الاداري لقواعد العرف الدستوري :

العرف الدستوري هو عادة تتصل بنظام الحكم في الدولة ، وقد درجت الهيئات العامة على استعمالها بحيث تصبح هذه العادة قاعدة عامة ملزمة(٢٧) .

وتشمل هذه القواعد الاعراف المفسرة لنصوص الدستور .

وهذه الاعراف تعتبر جزءا من الدستور المدون ، ويكون لها ذات القيمة القانونية التي للنص الدستوري المفسر .

كما وتشمل هذه القواعد الاعراف المكملة للنصوص الدستورية فيما يعتورها من نقص .

ولا خلاف بأن لهذه القواعد ــ كالقواعد المفسرة ــ قوة الدستور نفسه .

اما بشان الاعراف الدستورية المعدلة ، فقد كانت موضع خلاف سواء لجهة وجودها ام لجهة قوتها القانونية(٣٨) .

وفي جميع الأحوال ، وسواء اعتبرت هذه الاعراف تساوي ــ من حيث القوة القانونية ــ النصوص الدستورية ام القوانين العادية ، فانها تسمو على الأعراف الادارية .

ثانيا ــ خضوع العرف الاداري للأعراف التشريعية(٣٩) :

ذكرنا سابقا ان مصادر القانون جميعها قادرة على انشاء القواعد القانونية على اختلاف درجاتها ، ولا يوجد مصدر يختص باصدار القواعد العليا وآخر بالقواعد الدنيا .

ولقد ذكرنا ان هنالك قواعد دستورية واخرى عادية وثالثة فرعية ، ومن ثم فالعرف يمكن أن ينشىء قواعد تتعلق بالانواع الثلاثة .

وعلى هذا الاساس فالتدرج ، يجب ان يكون وفقا لما تقدم ، اي وفقا لكون القاعدة العرفية اساسية أم عادية أم فرعية ، وبالتالي فاذا ما حدث تنازع بين الاعراف التشريعية والادارية ، فالأولى هي التي تسمو وتكون واجبة التطبيق .

واستطرادا ، فقد وجدنا رأيا يقيم موازنة بين القوة القانونية للعرف اللائحي والعرف الاداري(٤٠) ، فيغلب العرف الأول على الثاني .

ولكن هل هنالك ما يمكن تسميته بالعرف اللائحي .

ولاشك ان النظم القانونية ــ كما قلنا ــ مؤلفة من طبقات تشريعية يعلو بعضها بعضا ، فهنالك القواعد الدستورية في اعلى الهرم القانوني ، ويليها القواعد العادية ، ثم القواعد الفرعية .

ولاشك « ان القواعد التشريعية توجد جميعا في مرتبة واحدة ، كذلك فالقواعد الدستورية هي الاخرى من مرتبة واحدة تقريبا ، فيما عدا بعض الاستثناءات ، أما القرارات الادارية ، او القواعد ذات المصدر الاداري فانها تأخذ مراتب مختلفة »(٤١) .

ولا خلاف بأن العرف يمكنه ان ينظم روابط قانونية تتعلق بالطبقة الاولى ، وهو اذا ما انشأ قواعد تتعلق بالطبقة الثانية ، فهو عرف تشريعي ، والخلاف حول قواعد الطبقة الثالثة العرفية .

وحقيقة الامر ان الطبقة الثالثة ـ القواعد الفرعية ـ مهمتها تفسير قواعد الطبقة الثانية ، واللائحة عادة هي التي تقوم بذلك ، ولكن العرف اذا ما قام ، وانشأ قواعد موضوعية ، فهو ـ في هذه الحال ـ يسمى عرفا اداريا ، وليس عرفا لائحيا ، اما اذا قامت سلطة ادارية من تلقاء نفسها ، وبدون دعوة من البرلمان باصدار اعمال عامة ، ثم كررت ذلك ، فهذا التكرار ينشيء اختصاصا جديدا هو اصدار اللائحة ، وفي هذه الحال فالعرف الناشيء هو عرف اداري ينشيء قاعدة اختصاص .

والخلاصة انه بتحليل النظام القانوني ، يتضح ان هنالك اعرافا دستورية واخرى تشريعية وثالثة ادارية ، وليس هنالك تقسيما رابعا يمكن تسميته بالعرف اللائحي ، بل ان الاعراف التي تتناول اللائحة قد تكون دستورية ، او ادارية .

والقواعد الادارية العرفية تخضع بصورة مطلقة لكل من القواعد العرفية الدستورية والتشريعية ، اما تدرجها مع الاعراف الادارية ، فيخضع لنظام التدرج الذي سنوضحه في الابحاث القادمة .

ثالثا ـ خضوع العرف الاداري للمبادىء العامة للقانون :

المبادىء العامة للقانون: les principes generaux du droit من اهم اركان مبدا الشرعية في مجال القانون الاداري ، وعلى هذا الاساس كان لابد من التعرض الى هذا المصدر ، ونحن في صدد دراسة القوة القانونية للعرف الاداري .

ونظرية المبادىء العامة من اكثر النظريات تعقيدا ، وقد اثارت جدلا حادا حول طبيعتها ، ولكن مما تجدر الاشارة اليه اننا لا نحاول هنا التقدم بصورة مفصلة للموضوع بقدر محاولتنا تبيان علاقة هذه المبادىء ـ من حيث القوة القانونية ـ بالعرف الاداري .

ومظهر الصعوبة في تحديد طبيعة هذه المبادىء وقوتها القانونية تعدد المصادر التي يستقي منها القاضي هذه المبادىء .

فالقاضي يستنبط هذه المبادىء من نص معين ، او من مجموعة من النصوص سواء اكانت مدونة في اعلانات الحقوق ام الدستور ، ام في التشريعات المختلفة ، وقد لا تظهر المبادىء المذكورة في نص، وانما يستقيها القضاء من قواعد

العدالة ، او من تقاليد المجتمع السياسية والاخلاقيـة ، او من ضرورات الحيـاة الاجتماعية(٤٢) .

ولقد تعددت الآراء حول اساس القوة الملزمة لهذه المباديء .

ــ فقد ذهب راي الى انها ليست ذات طائفة واحدة من حيث مرتبتها ، وانما يجب اجراء التفرقة الآتية(٤٣) :

١ ــ اذا كان المبدا مستوحى من بعض النصوص الدستورية او التشريعية ، فهو يأخذ قيمة النص ومرتبته ، ولا يعدو دور القاضي الكشف عن ارادة المشرع .

٢ ــ اذا كانت المباديء مستقاة من قواعد العدالة وقيم المجتمع وتقاليده ، فهي اقل درجة من التشريع ، ولكنها تعلو على اعمال السلطة التنفيذية .

ويرى بعض الفقهاء ان اسباغ قوة دستورية على بعض المباديء دون بعضها الآخر يؤدي الى خلق تفرقة ضارة في موضوع له طبيعة واحدة(٤٤) .

وفي نظر هذا الفريق ان اساس القوة الملزمة للمبدا هو سلطة القضاء فالقاضي هو الذي يضع المبدا ويمنحه قوة الالزام ، ولكنه لا يفعل ذلك إلا على افتراض تعبيره عن ارادة المشرع(٤٥) .

ويتضح من استعراض آراء الفريقين انهما متفقان على اعتبار هذه القوة تسمو على كل اعمال الادارة .

وفي الحقيقة فقد طرحت هذه المسالة بالنسبة لخضوع اللوائح المستقلة للمبدا ، ولكن الفقه والقضاء سارعا لحسم القضية ولاخضاع اللوائح لقاعدة عليا تحل محل القانون بعد انزوائه ، حتى لا ينهار مبدا الشرعية ، اذا ما تركت السلطة التنفيذية تضع من اللوائح ما تشاء دون رقيب ، ولقد استقر الراي على ان تكون هذه المباديء بديل القانون ، وتكون بمثابة القاعدة العليا التي تخضع لها اللوائح(٤٦) .

والخلاصة انه رغم الاختلاف حول القيمة القانونية للمباديء ، إلا ان هنالك اتفاق على وضعها فوق اعمال الادارة ، بالمعنى الموسع لكلمة اعمال ، ذلك المعنى الذي يشمل جميع تصرفات السلطة الادارية(٤٧) .

وعلى ضوء ما تقدم ، فقد اصبح من المتيقن القول بان المباديء العامة تسمو على الأعراف الادارية من حيث القوة والقيمة القانونية ، ومهما كانت درجة هذه الاعراف .

رابعا ــ خضوع العرف الاداري للأعراف الادارية الأسمى مرتبة :

في الأبحاث السابقة درسنا تدرج العرف الاداري مع الطبقات القانونية التي تعلوه ، وسنحاول هنا دراسة تدرج العرف الاداري مع الأعراف الادارية التي تسمو عليه .

والتدرج ــ كما هو معلوم ــ مبدأ عام(٤٨) ، يقوم على حقائق شكلية وموضوعية وان كان تدرج الأعراف الادارية لا يمكن ان يقوم على اساس موضوعي « خضوع العمل الفردي للعمل العام » ، وانما على درجة العضو الاداري ، وعلى الاجراءات المتخذة في اصدار العمل الاداري(٤٩) .

وسنقوم هنا بدراسة الموضوعين المذكورين ، اي بدراسة الأعراف الادارية الناشئة لدى سلطة ادارية واحدة ، ثم الأعراف الادارية الناشئة خلال سلطات ادارية مختلفة .

آ ــ تدرج الأعراف الادارية الناشئة ضمن سلطة ادارية واحدة :

والتدرج هنا يقوم على اساس اختلاف الأعراف الادارية من حيث الاجراءات المتبعة في الأعمال المكونة للعرف ، ومن ثم فلا يمكن ان يقوم التدرج على أساس موضوعي أو عضوي لأن هذه الأعراف جميعها قواعد موضوعية ومجردة ونشأت خلال سلطة واحدة .

فالأعراف الادارية تتدرج فيما بينها من حيث القيمة والقوة تبعا لدرجة تعقيد الاجراءات المتبعة في اصدار الأعمال الادارية ، ومن ثم يمكن ــ وفقا لنظرية تقابل او توازي الأشكال Parallélisme des formes ــ تعديل او الغاء العرف الاداري بعرف آخر ناشيء خلال نفس السلطة ، وخاضع لنفس الاجراءات المتبعة في العرف الأول ، أو على الأقل للأشكال الجوهرية ؛ وكل ذلك تطبيقا للمباديء العامة التي تحكم تدرج القرارات الادارية(٥٠) .

ولاشك ان الأعراف الادارية الصادرة عن نفس السلطة والخاضعة لاجراءات ادارية واحدة ، هذه الأعراف تخضع للمبدأ القائل : القاعدة اللاحقة تلغي القاعدة السابقة لها ، والمتحدة معها في نطاق التطبيق(٥١) .

ب ـ تدرج الأعراف الادارية الناشئة ضمن سلطات ادارية متعددة :

اذا كان لدينا عرفان اداريان نشآ خلال سلطتين اداريتين مختلفتين ، فايهما يسمو على الآخر .

لاشك انه لا يمكن اقامة التدرج على اساس موضوعي ، لان جميع الاعراف الادارية تتفق من حيث طبيعتها الموضوعية ، لذلك فالاساس المعتمد للتدرج ، هو المعيار العضوي ، ومن ثم فترتيب الاعراف الادارية يحكمه تدرج السلطات المنشئة لهذه الأعراف « ذلك ان قوة القاعدة القانونية لا تحكمه الطبيعة الذاتية لهذه القاعدة ، بل يعتمد على مكانة السلطة التي اصدرتها »(٥٢) .

فالعرف الاداري الذي يلتزم به الوزير مثلا يسمو على العرف الاداري الذي يلتزم به رئيس المصلحة ، وهو في نفس الوقت يتقيد بالعرف الاداري الذي يلتزم به رئيس الدولة .

واستنادا الى ما تقدم فان نطاق أو مضمون الشرعية ـ بالنسبة للأعراف الادارية ـ امر نسبي يختلف تبعا لكل ظاهرة عرفية ، فيزداد كلما ارتفعت مرتبة العضو الاداري ، وبالعكس فالعرف الذي يلتزم به رئيس الجمهورية يقع في قمة الأعراف الادارية ، بحيث لا يخضع هذا العرف إلا للقواعد التشريعية او الدستورية ، في حين نجد ان نطاق المشروعية بالنسبة للعرف الاداري الذي يلتزم بـه مامور مثلا ، يتسع ليشمل ـ علاوة على القوانين والنصوص التشريعية ـ الأعراف الادارية الناشئة في اطار السلطات العليا : مثل مدير الأمن ووزير الداخلية ورئيس الجمهورية(٥٣) .

هذا ونشير الى ان الفقه الاداري قد تعرض الى حقيقة تدرج الأعراف الادارية ، وفي ذلك يقول احد الفقهاء « القاعدة العرفية تحتل في سلم القواعد القانونية المرتبة التي تحتلها السلطة التي انشاتها ، وعليه فالقاعدة العرفية تلغى بقاعدة عرفية مخالفة لها وتماثلها في المرتبة او تعلو عليها ، كما انها قد تلغى بنص مكتوب صادر عن السلطة الادارية صانعة العرف ، او صادرة من باب أولى عن سلطة ادارية اعلى منها او عن السلطة التشريعية ، ولكن القاعدة العرفية لا تستطيع الخروج على قاعدة عرفية او مكتوبة تصدر عن السلطة الأعلى »(٥٤) .

ولقد تعرضت أيضا بعض الأحكام القضائية الى هذا الموضوع ، إذ جاء في حكم لمحكمة الاستئناف في الكويت « تحتل القاعدة العرفية في سلم القواعد

العرفية المرتبة التي تحتلها السلطة التي وضعتها ، وعليه فالقاعدة العرفية قد تلغى بقاعدة عرفية مخالفة لها وتماثلها في المرتبة أو تعلو عليها ، كما انها قد تلغى بنص مكتوب صادر عن السلطة الادارية صانعة العرف أو صادر من باب أولى عن السلطة الادارية التي هي اعلى منها ، أو عن السلطة التشريعية ، ولكن القاعدة العرفيـة لا تستطيع الخروج على قاعدة عرفيـة أو مكتوبة تصدر عن سلطة اعلى »(٥٥) .

كذلك فالمحكمة الادارية العليا في مصر تعرضت الى تدرج الأعراف الادارية فيما بينها ، وذلك في حكمها الصـادر في ١٩٦٢/٢/٢٤ ، قالت هذه المحكمة « العرف الاداري تعبير أصطلح على اطلاقه على الأوضاع التي درجت الجهات الادارية على اتباعها في مزاولة نشاط معين لها ، وينشأ من أستمرار الادارة لهذه الاوضاع والسير على سننها في مباشرة هذا النشاط أن تصبح بمثابة القاعدة العرفية الواجبة الاتباع ، ما لم تعدل بقاعدة أخرى مماثلة »(٥٦) .

الهـوامش

١ ـ فيدل : مقالة عن خضوع الادارة للقانون ، مجلة القانون والاقتصاد ، المرجع السابق ، ص٢٥ ـ د. محسن خليل : القضاء الاداري اللبناني ورقابته لاعمال الادارة ، دار النهضـة العربيـة ، ١٩٧٨ ، ص١٠ ، وانظر :

Stassinopoulos trait des actés adm, op, cit; P. 19

٢ ـ د. عبد الحميد حشيش : مبادىء القضاء الاداري ، ص١٨

٣ ـ د. مصطفى ابو زيد فهمي : القضاء الاداري ، ط٤ ، ص٢٠٥ ، وانظر :

De Laubadère Traité de droit adm, 6 ed; P. 256

٤ ـ د. عبد الحميد حشيش : مبادىء القضاء الاداري ، ص٢٢

٥ ـ د. عصام البرزنجي : السلطة التقديرية للادارة والرقابة القضائيـة ، ص١٤٠ ـ د. عبد الحميد حشيش : مبادىء القضاء الاداري ، ص٢٦

٦ ـ د. سليمان الطماوي : النظرية العامة للقرارات الادارية ، ص١٩ ـ د. عادل سيد فهيم : القوة التنفيذية للقرار الاداري ، ص٢٨

٧ ـ د. عصام البرزنجي : السلطة التقديرية للادارة والرقابة القضائية ، ص١٤١

٨ ـ عبد الحميد حشيش : مبادىء القضاء الاداري ، ص٢٩ ـ د. عصام البرزنجي : السلطة التقديرية للادارة والرقابة القضائية ، ص١٤٥

٩ ـ د. عبد الحميد حشيش : مبادىء القضاء الاداري ، ص٢٩ ـ د. عصام البرزنجي : السلطة التقديرية للادارة والرقابة القضائية ، ص١١٩

١٠ ـ المحكمة الادارية العليا : ١٩٥٧/٢/١٢ ، القضية رقم ٦١ لسنة ٣ ق ، المجموعة ، س٢ ، ص١٦٩١

١١ ـ د. عبد الحميد حشيش : مبادىء القضاء الاداري ، ص٤٣

١٢ ـ عبد الحميد حشيش : مبادىء القضاء الاداري ، ص٤٣ ـ د. عبد الفتاح حسن : القضاء الاداري ـ قضاء الالغاء ، ص٣٣٠

١٣ ـ د. عبد الفتاح حسن : القضاء الاداري ـ قضاء الالغاء ، ص٣٣١

١٤ — Geny : Methodes d'interpretation, op, cit; P. 343
Dabin : Theorie generale du droit, op, cit; P. 393

١٥ ـ د. محمد كامل دليله : مبادىء القانون الاداري ، ص٢٨٧،٥٥٢ ـ د. ثروت بدوي : الدولة القانونية ، مقال منشور في مجلة ادارة قضايا الحكومة ، عدد٣ ، ١٩٥٩ ، ص٢٨ ـ د. سليمان الطماوي : القضاء الاداري ـ قضاء الالغاء ، القاهرة ، دار الفكر العربي ، الكتاب الاول ، ص٣٢ ، وانظر :

Geny : Methodes d'interpretation, op, cit; P. 400

١٦ ـ محمد حامد الجمل : الموظف العام ، ط٢ ، ص١٤٢٢

١٧ ـ د. حسن كيره : المدخل الى القانون ، ص٥٠ ، وقد وصف القانون بقوله : انه التعبير عن ارادة فردية ومصطنعة .

١٨ ـ محمد حامد الجمل : الموظف العام ، ط٢ ، ص١٤٢٢

١٩ ـ المحكمة الادارية العليا : المجموعة ، السنة السابعة ، حكم رقم ٤٢ ، ص٣٥٥

٢٠ ـ مجموعة احكام مجلس الدولة ، س٢ ، قضية رقم ٢٦٨ ، قاعدة رقم ٦ ، ص٢٩

٢١ ـ د. فؤاد العطار : القضاء الاداري ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، ١٩٦٦ ـ ١٩٦٧ ، ص٤٠

٢٢ ـ د. ثروت بدوي : تدرج القرارات الادارية ، ومبدأ الشرعية ، القاهرة ، دار النهضة العربية ، ١٩٦٨ ـ ١٩٦٩ ، ص٨١

٢٣ ـ د. ثروت بدوي : تدرج القرارات الادارية ، ص١١٣

٢٤ ـ د. بكر القباني : العرف كمصدر للقانون الاداري ، ص٢٤

٢٥ ـ مجموعة المبادىء التي قررتها المحكمة الادارية العليا في عشر سنوات (١٩٥٥ـ١٩٦٥) للاستاذ احمد سمير أبو شادي ، ج١ ، بند ٢٤٨ ، ص٣٦٤ ، جلسة : ١٩٦٥/٥/٨ ، وقد جاء في هذا الحكم « العرف وان جاز ان يعدل او يغير من القواعد القانونية المفسرة أو المكملة لارادة الطرفين ، فانه لا يجوز ان يخالف نصا آمرا ، والنصوص الادارية جميعها قواعد آمرة لا يستساغ أن ينشأ عرف على خلافها ، والقول بغير ذلك يجعل اطراد الاهمال في مجال الوظيفة العامة عرفا يحول دون معاقبة من ارتكبوه » .

٢٦ ـ د. بكر القباني : العرف كمصدر للقانون الاداري ، ص٦٢

٢٧ ـ د. عبد الفتاح حسن : القضاء الاداري ـ قضاء الالغاء ، ص٢٣٦

٢٨ ـ د. سمير تناغو : النظرية العامة للقانون ، ص٤١١ ، والفقيه المذكور يرى أن تدرج العرف يقوم على اساس العنصر المعنوي الذي يكون القاعدة .

٢٩ ـ د. حامد سلطان : القانون الدولي في وقت السلم ، ص٢٤

٣٠ ـ د. سمير تناغو : النظرية العامة للقانون ، ص٤٤١ و ٤٨٢ و ٤١٥ و ٤٧٥ ، وقد أقام التدرج على أساس تقسيم القواعد الى : القواعد الاساسية ـ العادية ـ الفرعية ـ د. محسن خليل : مبادئ القانون الاداري اللبناني ، ص٢١٢ ، وقد اخذ بتقسيم القواعد القانونية الى طبقات .

٣١ ـ فيدل : مقالة عن خضوع الادارة للقانون ، مجلة القانون والاقتصاد ، المرجع السابق، وقد اطلق تسمية : reglements simples على اللوائح التي لا تقوم على دعوة : incitation ، او تفويض من قبل السلطة التشريعية ـ د. محمد عصفور : النظرية العامة للضبط الاداري ، ص٣٠٤ وقد اطلق على هذه اللوائح تسمية « اللوائح الذاتية » واستشهد بقضاء مجلس الدولة الفرنسي في قضية لابون ١٩١٩/٨/٨ ، حيث تم الاعتراف لرئيس الجمهورية باصدار لوائح ذاتية في مادة البوليس العام للمرور .

٣٢ ـ د. ثروت بدوي : تدرج القرارات الادارية ، ص٢٥ ، فهو يرى ان القواعد ذات المصدر الاداري تاخذ مراتب مختلفة ـ د. سمير تناغو : النظرية العامة للقانون ، ص٤١١ ، وفي رأيه ان قيام العرف بتنظيم المرفق ينشيء قواعد تساوي في القوة القانونية اللوائح .

٣٣ ـ د. محسن خليل : القضاء الاداري اللبناني ورقابته لاعمال الادارة ، ص١١٥

٣٤ ـ د. محمود حلمي : القضاء الاداري ، ١٩٧٧ ، ط٢ ، دار الفكر العربي ، ص٢٥٩ ، والفقيه المذكور يرى ان العرف يسمو على القرارات الادارية التي تصدر عن هيئات ادارية ادنى من الهيئة التي انشات العرف الاداري .

٣٥ ـ د. بكر القباني : العرف كمصدر للقانون الاداري ، ص٤٢ ، وانظر عكس ذلك ـ د. عبد الفتاح حسن : القضاء الاداري ـ قضاء الالغاء ، ص٢٤٠ ، فهو يرى ان النص يسمو بصورة مطلقة على العرف .

٣٦ ـ فيدل : مقالة عن خضوع الادارة للقانون ، وقد جاء في ذلك قوله :

Le minister doit respecter non seulement les reglements pris par lui-même en bonne et du forme, mais même les « reglements virtuels » que constitue la pratique administrative.

٣٧ ـ د. محسن خليل : القضاء الاداري اللبناني ورقابته لاعمال الادارة ، ص٥١

٣٨ ـ د. محسن خليل : القضاء الاداري اللبناني ورقابته لاعمال الادارة ، ص٥٤

٣٩ ـ د. محمود حلمي : القضاء الاداري ، ط٢ ، دار الفكر العربي ، وقد أطلق لفظة الاعراف التشريعية على الاعراف التي تنشيء « قواعد عادية » .

٤٠ ـ د. محمود حلمي : القضاء الاداري ، ص١٤

٤١ ـ د. ثروت بدوي : تدرج القرارات الادارية ومبدأ الشرعية ، ص٢٥

٤٢ ـ د. عبد الحميد حشيش : مبادىء القضاء الاداري ، ص٦١

٤٣ ـ د. عبد الحميد حشيش : مبادىء القضاء الاداري ، ص٦٧ ـ د. فؤاد العطار : القضاء الاداري ، ص٥

٤٤ ـ د. محمد كامل ليله : مبادىء القانون الاداري ، ص٤٧٨

٤٥ ـ د. محمود حافظ : القضاء الاداري ، ص٦٤ ـ د. مصطفى ابو زيد فهمي : القضاء الاداري ، ط٤ ، ص٥٣٦

٤٦ ـ د. محمد كامل ليله : مبادىء القانون الاداري ، ص٢٤٤

٤٧ ـ د. محمد كامل ليله : مبادىء القانون الاداري ، ص٢٤٤ ـ د. محمود حافظ : القضاء الاداري ، ص٢٨ ، وانظر :
Rivero : Droit adm, op, cit; P. 77

٤٨ ـ د. ثروت بدوي : تدرج القرارات الادارية ومبدأ الشرعية ، ص٩٩

٤٩ ـ د. عبد الحميد حشيش : مبادىء القضاء الاداري ، ص٧٢ ـ د. ثروت بدوي : تدرج القرارات الادارية ومبدأ الشرعية ، ص٥

٥٠ ـ د. ثروت بدوي : تدرج القرارات الادارية ومبدأ الشرعية ، ص١٥ ـ د. فؤاد العطار: القضاء الاداري ، ص٥٤٢ ـ د. سليمان الطماوي : قضاء الالغاء ، ص٨٦٧ ، وانظر :
Debbach : Droit administrative, op, cit; P. 320

٥١ ـ د. سمير تناغو : النظرية العامة للقانون ، ص٤٨٢

٥٢ ـ د. ثروت بدوي : تدرج القرارات الادارية ومبدأ الشرعية ، ص١٠١ ، وانظر :
Vedel : La soumission de l'administration à la loi; op, cit; P. 75
De laubadére : Traité de droit adm, op, cit; P. 244

٥٣ ـ انظر في هذا المعنى بالنسبة لتدرج القرارات الادارية ، د. ثروت بدوي : تدرج القرارات الادارية ومبدأ الشرعية ، ص٨٦

٥٤ ـ د. عبد الفتاح حسن : مبادىء القانون الاداري الكويتي : ص٢٧

وانظر من قال بهذا المعنى : د. بكر القباني : العرف كمصدر للقانون الاداري ، ص٢٨ ـ د. عبد الله طلبه : الرقابة على أعمال الادارة ، ص٣١ـ٣٢ ، وانظر :

Waline : Manuel elementaire de droit administratif, op, cit; P. 16

٥٥ ـ حكم محكمة الاستئناف في الكويت : جلسة : ١٩٥٧/١٢/١٠ ، حكم رقم ٤٣٢ لعام ١٩٦٧ ، والحكم رقم ٨٧٧ لعام ١٩٧٢ تجاري تاريخ ١٩٧٣/٤/٢١.

٥٦ ـ المجموعة ، السنة السابعة ، حكم رقم ٤٢ ، ص٢٥٥

الباب الثاني

شكل القاعدة الادارية العرفية

في الباب الأول تكلمنا عن العمل الاداري باعتباره المحور الذي تدور عليه عجلة هذا العرف ، والمادة الأولية التي يقوم عليها بناؤه .

ومما لاشك فيه ان اي كلام عن تكوين العرف الاداري لابد له من تناول شكل هذه القاعدة ، ويشمل الشكل ـ كما قلنا ـ عنصر الصياغة بالاضافة الى الارادة التي تنشيء القاعدة(١) ، وهذا ما يمكن ادخاله ـ حسب التعبير المستقر ـ تحت مدلول الركن المادي والركن المعنوي للعرف .

ولاشك ان العرف الاداري لاينفرد بصناعة عرفية: technique coutumiere تميزه من غيره من الأعراف الأخرى ، وتخرجه عن الظاهرة العامة للعرف .

ونحن ننطلق في ذلك من كون العرف الاداري ـ مثله في ذلك مثل بقية الأعراف ـ شكل من اشكال الصناعة القانونية(٢) ، وان هذه الصناعة ليست في النهاية إلا اجراء مهمته اظهار العنصر الداخلي(٣) .

وبصورة اوضح ، فالعلاقة بين الركنين المادي والمعنوي علاقة جدلية تتبادل الأثر والتأثير ، وان الركن المادي دليل وجود الركن المعنوي من جهة ، وفي نفس الوقت يرسخ اعتناق الادارة للقاعدة ، بحيث تنتقل من عالم الادراك الى عالم القناعة والالزام .

---

١ ـ د. حسن كيره : المدخل الى القانون ، ص٢٥١

٢ ـ Geny : Science et technique, op, cit; P. 44

٣ ـ د. سمير تناغو : النظرية العامة للقانون ، ص٤٦٧

الفصــل الاول

عنصـر الصياغـة في العرف الاداري

وكما قلنا سابقا فغاية الصياغة خلق القاعدة أولا ، ثم الكشف عن العنصر النفسي ، وهو ما يتحقق من خلال الاعتياد او التكرار في التطبيق .

ونعتقد ان الاعتياد يتحلل الى نفس العناصر التقليدية الموجودة في الظاهرة العرفية ، وهذه العناصر هي : العموم ـ الاطراد ـ المدة .

فالعموم يحقق معنى القاعدة ، لأن القاعدة ـ اية قاعدة ـ تعني مخاطبة الافراد بصفاتهم لا بذواتهم ، وهذا الأمر لا يتحقق الا اذا طبقت الادارة التصرف القانوني « في كل مرة » ، تحققت بها الشروط .

وشرط المدة يكمل شرط التكرار ، واثر من آثاره ، إذ كلما امعنت الادارة في التطبيق ، كلما ظهر انها لا تطبق القاعدة بصورة طارئة ولا تعتنقها كنزعة عابرة مؤقتة(١) ، وبالعكس فقد يتحقق التكرار خلال مدة وجيزة ، وهنا لابد من المدة للكشف عن تصميم الادارة الاكيدة في اعتناق القاعدة .

ولقد اظهرت محكمة القضاء الاداري في مصر الشروط المذكورة اعـلاه كعناصر مكونة لصيغة الاعتياد ، قالت هذه المحكمة « وشرط العرف ان يكون عاما متبعا من غالبية من من يعنيهم الأمر ، وان يكون قديما اي استقر ومضت على اتباعه فترة من الزمن تتناسب مع طبيعة الوضع ، وتقدير ذلك مرجعه القضاء الذي يثبت في كل حالة كون القاعدة العرفية قد مضى على اطراد العمل بها زمن كاف يؤكد ثباتها واستقرارها ، ومعنى الثبات ان يطرد الأمر على اتباع العرف بلا انقطاع في جميع الحالات حيث تتوافر شروط انطباقه »(٢) .

والخلاصة ان العرف الاداري صيغة من صيغ تعبير الادارة عن ارادتها ، وانه محكوم بالسمات العامة للعرف ، ويقوم على صيغة الاعتياد الموجودة في كافة فروع القانون(٣) .

والصيغة العرفية « التكرار » لا تنشيء منفردة العرف الا ضمن شروط معينة ، وهي توفر الركن المعنوي ، او كما عبرت عن ذلك محكمة القضاء الاداري في مصر بقرارها الصادر في ٢٢ يونيه ١٩٥٧ ، والذي جاء فيه « يقوم العرف بتوافر ركنين ، هما الركن المادي والركن المعنوي ، ويعني بهما مضمون القاعدة العرفية ، اي ما تنطوي عليه من تنظيم ، وهو يتوافر اذا كان هنالك سنة عامة مطردة تقادم عليها العهد واستقر عليها العمل، ثم شعور الجماعة بضرورة احترام القاعدة العرفية وعدم الخروج عليها »(٤) .

البحث الأول

عموميــة التطبيــق

يشترط ـ كما قلنا ـ في القاعدة الادارية العرفية أن تكون عامة ، ويقصد بالعموم أن يكون اتباع هذه العادة في جميع الحالات المماثلة ، وهو الامر الذي يفترض تجدد العمل بحكم الحالة السابقة كلما توفرت الشروط الخاصة بانطباقه(٥) .

ويمكن القول ان العموم او التكرار هو القوام الضروري للعرف(٦) : substratuiv necessaire او العنصر الاساسي فيه ، فالاطراد في حد ذاته وصف من أوصاف العموم او التكرار « تكرار مستقر »(٧) .

والمدة بحد ذاتها أثر من آثار التكرار أو العموم .

ونظرا لاهمية هذا البحث ، فقد وجدت من المناسب دراسته تحت المواضيع الآتية :

ـ اسباب الاخذ بمصطلح العموم دون التكرار ـ المقصود بالسابقة الادارية ـ المقصود بالعموم ـ معيار عدد السوابق اللازم لتكوين العرف الاداري .

الفــرع الأول

اسباب الأخـذ بمصطلح العمــوم دون التكـرار

العرف في القانون الخاص حقيقة موضوعية الى حد بعيد، وطبعا فلا نقصد من ذلك انه ليس عملا مختارا ينشأ بمعزل عن ارادة الأفراد . وانما المقصود انه لا يخضع لتأثير ارادة بالذات ، او كما عبر عن ذلك احد الفقهاء بقوله « في كل مرة يظن ان عرفاما بدا مع فلان او في الوقت الفلاني تكون هنالك عوامل اخرى قد سبقت ذلك التاريخ وأوحت بالعرف »(٨) .

وعلى العكس من ذلك العرف الاداري ، فهذه الظاهرة حقيقة ذاتية(٩) ، الى حد كبير ، فالادارة هي التي تضع القاعدة التنظيمية ، وهي التي تعممها على الحالات المماثلة ، وهي التي تهيمن على مسار حياتها ، كل ذلك عن وعي ونية لانشاء القاعدة العرفية(١٠) ، ومن ثم فلا يمكن الكلام على صعيد الحياة الادارية عن عفوية التاريخ ، وتأثير القوى الصامتة والتلقائية ، كما هي الحال في نشوء العرف في القانون الخاص .

ويمكننا ان نضرب مثلا على ذلك بمشروع(١١) اللائحة الذي وضعته ادارة الجامعة المصرية ، إذ ان هذا المشروع لم يصدر به تشريع ، ورغم ذلك فقد طبقته الجامعة تطبيقا فرديا والتزمت به ، فأصبح قاعدة تنظيمية عامة(١٢) .

وهنا لنا ان نتساءل ، الم تكن الادارة تعتنق ابتداء القاعدة ، وانها استهدفت من ذلك التطبيق انشاء القاعدة العرفية من خلال مشروع اللائحة .

لهذه الأسباب ، ولان المفروض بالالفاظ ان تعبر بدقة عن معطيات الشيء المسمى ، لذلك فان لفظة « التكرار » لا يمكنها التعبير بدقة عن نشأة العرف الاداري لاسيما ان هذه العبارة قد تفيد الاعتياد الآلي والعفوي وغير المحسوس ، كما هي الحال في نشأة العرف في القانون الخاص .

ومن جهة اخرى فاننا نفضل استعمال عبارة « تعميم التطبيق » او عمومية التطبيق ، للأسباب الآتية :

١ ـ ان هذه العبارة تعبر عن النشأة الارادية للعرف .

٢ ـ ان هذه العبارة تفيد تجريد القاعدة ، وهذه الخصيصة هي جوهر القاعدة ، اية قاعدة .

هذا وننوه بان القضاء الاداري في مصر اعتمد عبارة العموم بدلا من التكرار وبهذا الصدد نطقت المحكمة الادارية العليا في قرارها الصادر في ١٩٦٢/٢/٢٤ قالت هذه المحكمة « ويشترط لاعتبار العرف ملزما ان يتوافر به شرطان : ان يكون عاما وان تطبقه الادارة بصفة دائمة وبصورة منتظمة ، ٢ ـ الا يكون قد نشأ مخالفا للقانون »(١٣) .

كما ان بعض الفقهاء استعمل هذه العبارة دون عبارة التكرار(١٤) .

الفــرع الثاني

المقصــود بالسابقــة الاداريــة

ذكرنا سابقا ان العرف الاداري يقوم على عادة ادارية ، وان الوحدة البنائية فيه هي التصرف الفردي .

وهذه الخلية في حياة العرف متعددة الصور والأشكال :

ـ فقد تكون تصرفا قانونيا ايجابيا ، وبالمقابل فقد تكون تصرفا سلبيا متمثلا في الامتناع والترك : une suite d'omission (١٥) .

والسابقة الادارية ، قــد تقوم على الأمر ، كمـا ويمكن أن تقوم على الحظر(١٦) . ومن امثلة الأعراف الادارية القائمة ، على الحظر ، العرف الاداري الذي استقر في مصر والذي كان يحظر نقل التلميذ مرتين متتابعتين في عــام دراسي واحد(١٧) .

ومن امثلة الأعراف الادارية القائمة على الأمر ، العرف الاداري الذي كان يلزم سائقي السيارات بالسير على اليمين(١٨) .

والى جانب الامر والنهي ، فالسابقة الادارية قد تكون ترخيصا ، ومثالنا على ذلك في العرف الاداري الذي استقر في مصر والذي تضمن الحصول على ترخيص اداري لانشاء دور العبــادة المتعلقة بالطوائف غير الاسـلامية « وقد اريد بذلك ان تتوافر في انشاء تلك الدور الشروط التي تكفل اقامتها في بيئة محترمة تتفق مع وقار الشعائر الدينية وطهارتها والبعد عما يكون سببا لاحتكاك الطوائف الدينية المختلفة واثارة الفتن بينها »(١٩) .

والعمل الاداري المنشيء للعرف الاداري قد يكون ضمنيا ، وقد جرى العرف الاداري على جواز ان يكون طلب الاستقالة بصورة ضمنية ، وذلك قبل العمل بقانون التوظيف الصادر في فرنسا عام ١٩٤٦(٢٠) .

والسابقــة الادارية يمكن ان تنشيء قواعد اختصاص ادارية : مثـل قواعد الانابة والتفويض والحلول ، وهو ما سنوضحه مفصلا .

والسابقة الادارية قد تقوم على الأعمال الادارية الشفوية ، والمثال على ذلك في العرف الاداري الذي نشأ في فرنسـا والمتضمن قيام الادارة باصــدار اوامر شفوية الى مقاولي الأشغال العامة(٢١) .

الفــرع الثالث

المقصــود بعموميــة التطبيــق

اذا كنا قد انتقدنا التكرار ، فهذه العبارة ليست خطأ اذا ما استعملت استعمالا دقيقا ، اذ مما لاشك فيه ان تكرار التصرف القانوني ، كلما تحققت شروط معينة يجعل الحكم عاما ، اي يقودنا الى عمومية التطبيق(٢٢) .

وطبعا فالمراد بالتكرار « ممارسة تصرف معين في حالة ، ثم العود الى ممارسته في الحالات الجديدة المماثلة للحالة الاولى ، وذلك تحقيقا لمعنى الاعتياد القائم على التطبيق الموحد : Pratique uniforme »(٢٣) .

وبمعنى أوضح فالقاعدة ، تقدم الفرض : L'hypothèse في صورة حالة تقوم على شروط واوصاف ، وليست حالة محددة تحديدا ذاتيا(٢٤) .

وعلى ضوء هذا المفهوم للعموم نسجل الملاحظات الآتية :

١ ـ قد يتكرر الحكم او الحل ، ولكن ليس على اساس تلازمه مع الفرض ، وانما على اسباب خاصة بكل حالة .

فالادارة ـ مثلا ـ قد تكرر تصحيح بعض اوراق الامتحان ، ولكن تصحيح كل ورقة يقوم على سبب خاص يختلف من ورقة لاخرى .

ولقد عبرت عن ذلك محكمة القضاء الاداري في مصر بقولها « اذا وافقت الجامعة على تصحيح بعض اوراق الامتحان لاسباب خاصة ، فهذا لا يدل على انه اصبح عرفا »(٢٥) .

وبالعكس فقد يتحقق فرض القاعدة دون حلها ، اي يتخلف الحل عند تحقق الشرط ، وذلك بان تتصرف الادارة في بعض الاحيان دون الاخرى .

وتطبيقا لذلك حكمت محكمة القضاء الاداري في مصر بانه « لا حق لموظف كان في بعثة دراسية في تعيينه في الدرجة الخامسة بعد عودته من البعثة بحجة وجود قاعدة عرفية تقضي بوجوب وضع العائد من البعثة في الدرجة الخامسة لان قرارات مجلس الوزراء الصادرة بمنح الموظفين من هذه الفئة تلك الدرجة صدرت في حالات فردية دون ان يتبين منها انها كانت تتبع قاعدة عامة آمرة في انشاء هذه المراكز »(٢٦) .

٢ ــ يقصد بعموم العرف « العمومية في التطبيق ، وليس العمومية في النطاق المكاني ، فقد يوجد الى جانب العرف العام أعراف محلية تسود في منطقة او محافظة معينة »(٢٧) .

فالمكان هو الوعاء المادي لسريان القاعدة ، ومن ثم فقد تسري القاعدة على كافة اشخاص المجموعة القومية ، أو يتحدد سريانها ضمن اطار مكاني محدد ، وطبعا لابد لتطبيق القاعدة من شرط آخر يضاف الى شرط المكان ، هو شرط العموم والتجرد المتعلقين بفرض القاعدة وحلها(٢٨) .

ولقد عبر احد الفقهاء عن ذلك بقوله « المقصود بالعموم اذن العموم في المجال الذي تسري فيه القاعدة مثلها في ذلك مثل اية قاعدة قانونية اخرى ، انما لا يشترط ان يكون العموم من حيث الانطباق شاملا في الدولة بالمعنى الواسع لهذه الكلمة أو شاملا لكافة انواع الموظفين العموميين او ساريا في كافة الاقسام أو الوحدات الادارية ، بل يكفي أن يكون ساريا في قسم او مصلحة او شخص قانوني عام شريطة أن يتوفر في ذلك العموم النسبي المجال الذي تسري فيه من حيث الاشخاص او المكان أو الموضوع »(٢٩) .

٣ ــ قد يختلط العموم أو التكرار ببعض الظواهر القانونية الاخرى ، كقيام الادارة باصدار الامر الى سكان قرية بكسح الثلج المتراكم امام منازلهم ، فتكرار التنفيذ يؤدي الى ما نسميه بتراكم القرارات الادارية : en tassement d'actes individuells ، او القرارات الفردية العامة(٣٠) .

وفي الحقيقة لسنا امام تكرار الفرض المقترن بتكرار الحل ، فالادارة لم تصدر قرارات ادارية في كل مرة يسقط الثلج ، وانما نحن امام قرار اداري واحد .

٤ ــ لا يؤثر على تعميم القاعدة حدوث السوابق خلال فترات زمنية متباعدة طالما تحقق شرط الانتظام والتلازم بين الفرض والحل بصورة دورية(٣١) .

٥ ــ يجب أن لا نخلط بين عموم القاعدة وصدورها عن عموم السلطات الادارية .

فقد يتعين أن ينشأ العرف الاداري خلال أكثر من جهة ادارية « العرف الشامل » ، وبذلك يكون المقصود بالعموم في هذه الحال تكراره بالنسبة للأفراد

كي يتحقق التجرد ، اما بالنسبة لنشوئه ضمن عدة جهات ادارية ، فهذا يتعلق بركن السلطة التي تنشيء العرف ــ ركن الاختصاص .

لهذه الأسباب فان « موافقة بعض الكليات على اعادة تصحيح أوراق امتحان بعض الطلاب » ، هذا المثل لا يصح اعتباره شاهدا على العموم ، كما يرى بعضهم(٢٢) ، اذ العموم يتعلق بالتطبيق وبالمخاطبين بالقاعدة ، وليس بالذين ينشئونها ، ومن ثم فقد تقوم بعض الكليات بتطبيق القاعدة على كافة الافراد المتعاملين معها، فيتحقق العموم بالنسبة لهؤلاء، ولكن لا يتوفر ركن الاختصاص.

٦ ــ لا يؤثر على نظام العموم عدد الأشخاص المخاطبين بالقاعدة ، فقد يكون هذا العدد شخصا واحدا طالما تحقق شرط التوجه اليه بصفته لا بذاته ، أو كما عبر عن ذلك احد الفقهاء بقوله : ان المقصود بالعموم هو التجرد : abstraite ، وليس العموم العددي : generalitè numerique (٢٣) .

هذا وبتحليلنا لنظام الاشخاص في القانون الاداري يتضح لنا ان هذا النظام قد يتراوح بين الفرد الواحد ، وبين التوجه الى كافة الافراد في المجتمع ، ولاشك ان هذه المرونة تنعكس على صيغة التكرار انكماشا وامتدادا ، كما ان ذلك يؤدي الى نشوء الأعراف الادارية الخاصة « في ادارة لا مركزية معينة : اقليمية أو مرفقية » ، الى جانب الأعراف الادارية الشاملة(٢٤) .

هذا وسنعرج الى هذا الموضوع مفصلا ، انما بالامكان التنويه بالأعراف الادارية التي تتوجه في الخطاب الى شخص واحد مثل : قواعد الحلول والتفويض ، والتي سنفرد لها بحثا مستقلا .

الفرع الرابع

معيار عدد السوابق اللازم لتكوين العرف الاداري

ما هو عدد السوابق اللازم لتكوين العرف الاداري ، وهل يمكن وضع ضابط لذلك ، يجيب على هذا السؤال بعض الفقهاء بقوله« ان ذلك امر موضوعي يعود تقديره الى سلطة القضاء(٢٥) ، ويجيب آخر بقوله « ان عدد السوابق هو العدد المعقول والكافي لابراز التجرد واستخلاص الركن المعنوي »(٢٦) .

وفي الحقيقة ، لا يمكننا وضع معيار دقيق للموضوع بقدر ما نستطيع تقديم الملاحظات الآتية :

١ ــ يلعب عدد المخاطبين بالقاعدة دورا هاما في تحديد نظام السوابق(٣٧) .

ولقد ذكرنا سابقا ان العرف الاداري يقدم نظاما مرنا لاشخاصه بحيث تتعدد الأنماط والنماذج .

فهنالك اعراف ادارية تقوم على شخص واحد مخاطب بالقاعدة « قواعد الاختصاص » ، وهنالك اعراف تسري في قسم اداري أو وحدة ادارية ، وبالمقابل فهنالك اعراف شاملة تسري على صعيد الدولة .

٢ ــ ان غاية التطبيق هــو الحصول على موافقــة المخاطبين لا اعلامهم مضمونها ، والفرق واضح بين الغايتين ، فالحال الاولى تحتاج الى مزيد من التطبيق تختلف عن الحال الثانية(٣٨) .

٣ ــ هنالك عنصر يحكم صيغة العموم والتكرار في اتساعها ، وهو ان العرف الاداري قد يطبق مباشرة على بعض الأفراد ، ولكنه في نفس الوقت يمس مصالح بعض الأفراد الآخرين ، وبذلك تغدو مهمة التعميم ــ بالاضافة الى الحصول على موافقة الفئة الأولى ــ اعلام الفئة الثانية بمضمون القاعدة .

ويمكننا ان نضرب مثالا حيا على ذلك في الاعراف الادارية التي تنظم مسائل الاختصاص ، فهذه القواعد تقوم على سلطة ادارية تكلف بالقاعدة ، واخرى مخاطبة بها ، كما ان هنالك « الغير » الذين تتأثر مصالحهم من القواعد الناشئة.

ونفس الشيء بالنسبة للقرارات الادارية التي تصدر في حق بعض أعضاء الجماعات المهنية ، إذ يخشى ان يتكون من هذه القرارات سوابق ادارية تصبح اساسا لأعراف تضر بمصالح الجماعة(٣٩) .

وهكذا يصبح من اللازم زيادة تطبيق القاعدة العرفية حتى تصل الى علم من تمســهم بأحكامها ، وحتى يتيسر لهؤلاء الاحتجاج عليها ومعارضتها(٤٠) .

ونعتقد انه ليس هنالك وسيلة اخرى تخرج عن اطار السوابق لخلق هذا الراي العام بالقاعدة .

٤ ــ تلعب طبيعة العلاقة التي ينظمها العرف دورا هاما في تحديد بنية السوابق اتساعا وضيقا ، اذ الفرق واضح بين نشوء عرف اداري ينظم وظيفة دائمة واخرى مؤقتة ، ومن ثم فالتكرار ونظامه وتعدد السوابق يختلف في الحال الأولى عن الثانية(٤١) .

وبصورة عامة ، فالسمة العامة لروابط القانون العام تميزها بسعة التنوع وسرعة التطور بحيث يصعب ان تتعدد الحال الواحدة التي صدر في شأنها التصرف(٤٢) .

المبحث الثـاني

الاطـراد

قلنا سابقا ان جوهر القاعدة هو تجردها وعمومها ، ويستتبع ذلك خضوع المخاطبين بهـا الى احـكام موحدة ، اي وجـود نظام مستقر في العـلاقات القانونيـة(٤٣) .

فالنظام حقيقة ملازمة للقانون ، وهـو التعبير عنـه ، او هـو القانون نفسـه(٤٤) . ذلك لأن القاعدة القانونية ضابط يطبق على الحوادث والأشخاص وهو بتكرره يخلق نظاما لا يختل ، وهذا أوضح معاني القانون ، ولذلك كان الشبه بين القاعدة والقوانين الطبيعية ، والجامع بينهما النظام(٤٥) .

ولو رجعنا الى اللغات اللاتينية والهندية الاوروبيـة لراينـا ان كلمـة القانون تفيـد التوجـه بانتظـام ، وهذا ما نلمحه من الكلمـات الآتيـة(٤٦) :
rectitude — right — directum — diriger — regatie — rega .

واذا كان الاطراد خصيصة القاعدة ، فهو في نفس الوقت قرينـة على وجودها ، بحيث يمكن ان نطرح المقدمة المنطقية الآتية :

النظام اثر من آثار القانون ، والمفهوم المعاكس اننا امام قاعدة قانونية عندما يتوفر امامنا النظام ، أو بمعنى أوضح اننا نقيس المؤثر بالأثر ونكشف العلة من قرينة المعلول .

فالانتظام والاستقرار في التطبيق لا يمكن أن يحـدث كأثر للتلقائيـة والمصادفة ، وانما هو وليد عمل ارادي ينسق هذا النظام ويفرضه ويدفع به نحو غاية معينة .

ولكن القانون ـــ كما يقال ـــ يلزم ولا يحتم ، وقواعده لا يمكن ان توصف بالكمال ، ومن ثم فلابد من الخروج على أحكامه(٤٧) .

ولكن ما هو دور العدول والخروج على احكام التكرار وحيلولة ذلك دون تكون العرف الاداري ، هذا ما سيكون موضوع بحثنا تحت العناوين الآتية :

التكرار المطرد غير المقترن بالعدول دليل وجود العرف الاداري ـــ اضطراب العادة الادارية كحائل دون تكون العرف .

الفــرع الأول

التكرار المطرد دليل وجود العرف الاداري

لو افترضنا ان الادارة كررت ممارسة سلطتها التقديرية ضمن شروط محددة ، فهل ان هذا التكرار غير المقترن بالعدول دليل وجود العرف الاداري ، ودليل التزام الادارة بالقاعدة الناجمة من التكرار .

والملاحظ انني قصدت ايراد هذا المثل باعتبار السلطة التقديرية مظهرا للارادة الذاتية للادارة ، بحيث يظهر التنوع والتغير واضحين في اطارها .

وبصورة عامة ، فالمراكز العامة تطبق على الواقع تطبيقا فرديا على اساس عناصر شخصية وزمانية ، فتخلق لنا مراكز ذاتية ، او واقع قانوني هو اثر التجرد القانوني على الواقع المحسوس(٤٨) .

ولكن اذا افترضنا ان هذا الواقع القانوني الذي هو حركة المجردات على العالم المحسوس ، قد افرغ من كل خصوصية زمانية ومكانية ، وتحلل من كل العناصر الذاتية ، ثم دأبت الادارة على تكراره ، فهل ان هذا التكرار دليل وجود القاعدة والتزام الادارة بها .

نقول اولا ان التكرار قرينة على وجود القاعدة ، لان القاعدة في حد ذاتها تجريد ذهني ، ورابطة عقليــة تربط فرض القاعدة بحلهـا ، وليست شيئا محسوسا في عالم الواقع(٤٩) ، وهذا ما هو متوفر في ركن التكرار .

ثم ان التكرار دليل على رضا الادارة ، لانه لم يجر عفو الظروف وكتعبير عن القوى التلقائية والظروف الموضوعية الصرف ، وانما هو مظهر عمدي لارادة الادارة واصرح معالمها وتعبيراتها(٥٠) .

واذا كان هنالك بعض الأصوات قد ارتفعت على صعيد القانون الخاص تفسر العرف تفسيرا موضوعيا خالصا ، وتسقط اي دور للارادة الانسانية ، فهذا غير مقبول ـ كما سنوضح ـ على صعيد الحياة الادارية ، اذ تبقى ارادة الادارة هي المهيمنة على الوجود المادي والقانوني للعادة ، وهي المحركة لكافة مراحل حياتها .

وفي النتيجة ، فهذا الاطراد والدأب من قبل الادارة اذا لم يقترن بالعدول

عن السوابق ، ولم تكن هنالك قرينة خارج نطاق نظام السوابق(٥١) ، هذا الاطراد ، لا يمكن تفسيره الا على أساس وجود ارادة منظمة تتجه به نحو غاية محددة هي خلق القاعدة التنظيمية والالتزام بأحكامها(٥٢) .

هذا واننا نخالف محكمة القضاء الاداري في مصر بقرارها الصادر في ١٩٥٩/٩/١٥ القائل « بعدم نشوء قاعدة عرفية من خلال الاستعمال المتكرر للترخيص الاداري القائم على سبب واحد »(٥٣) .

وسنقوم بمناقشة هذا الراي في البحث المقبل بعنوان « العنصر المعنوي والاستعمال المتكرر للترخص الاداري .

الفـرع الثاني

اضطراب العـادة الاداريـة

عرضنا سابقا للاطراد ودوره في انشاء العرف الاداري ، ولاشك ان هذا الاطراد المطلق لا وجود له الا في عالم الفكر المحض دون عالم الواقع عالم القانون .

فعالم القانون يقوم على الاحتمال والابتسار ، وهو علم معياري يلزم ولا يحتم ، ويتعذر الوصول فيه الى نتائج مطلقة(٥٤) ، وبالتالي فلابد من وجود استثناء وخروج على العادة .

وعلى هذا فاننا نفسر اشتراط محكمة القضاء الاداري في مصر للعرف ان يكون مطردا « ان تكون العادة متبعة بصورة دائمة وبطريقة غير متغيرة أو متقطعة »(٥٥) ، نفسر ذلك على أساس اعطاء الانتظام دلالة نسبية دون اشتراط المطلق للتكرار .

ولكن ما القدر المتيقن من الانقطاع والتخلف في العادة ، وما هو الاضطراب الذي يؤثر على اطرادها ، ويحول دون تكونها .

في هذا المجال يقضي التفريق بين عدول الادارة وخروجها على نظام التكرار ، وبين عدول الأفراد .

اولا ــ خروج الادارة على نظام التكرار :

وطبعا فاننا نفترض ان الادارة سلطة تنشيء العرف الاداري ، وليست سلطة مخاطبة بأحكامه .

وفي هذا المجال فاننا نسجل الملاحظات الآتية :

١ ـ قد يصدر العرف الاداري عن اكثر من سلطة ادارية ، وهنا يجب البحث عن الارادة المشتركة لهذه السلطات .

ونعتقد انه يكفي لهذه الارادة ان تقوم على الغلبة الساحقة ، وليس على الاجماع .

فالاجماع امر صعب التحقق واقعا ، كما ان التسليم به قد يعني استحالة قيام حياة ادارية مشتركة ، اذ يكفي الادارة ان تخرج على الاجماع فتحول دون نشوء العرف المشترك .

ولا يمكن التذرع باستقلال السلطة الادارية ، إذ ان هذا الاستقلال لا يفوق استقلال الدولة ، ومع هذا فقد أقيمت الأعراف الدولية على الغلبة دون الاجماع(٥٦) .

اما بشأن نشوء العرف الاداري خلال جهة ادارية واحدة ، فنعتقد انه من الضروري التشدد في الخروج ، لان هذا الخروج يعني خروج الادارة على ارادتها ويظهرها في موقف المتردد من العادة والمتشكك امام احكامها(٥٧) .

هذا وننوه بأن محكمة القضاء الاداري في مصر اخذت بمعيار الأغلبية(٥٨) .

وهنالك ملاحظة هامة ، وهي انه يجب التمييز بين تخلف الادارة عن التطبيق وبين صدور موقف قانوني جديد يعارض الأوضاع المتبعة ، فالحال الثانية اكثر دلالة على رغبة الادارة في ترك القاعدة ، وقد يعني انها تضع اساس تنظيم جديد(٥٩) .

وفي جميع الأحوال لابد من التسامح البسيط في الخروج ، ومن ثم فاهمال العمل بالأوضاع المتبعة مرة واحدة ، لا يؤثر على قيام العادة ، إذ يكفي ان تكون الأوضاع قد روعيت في معظم الحالات المماثلة(٦٠) .

ثانيا ـ خروج المخاطبين بالقاعدة على نظام التكرار :

ويشمل وصف المخاطبين الافراد العاديين كما يشمل الجهات الادارية الاخرى .

وهنا نفترض قبول الأفراد شرطا في تكون القاعدة العرفية ، والا لو اقتصر الأمر على اعلام الافراد بالقاعدة لما كان هنالك شأن لخروجهم على التكرار .

وخروج الافراد على نظام السوابق له مظهران :

١ ــ المظهر الاول : وهنا نفترض ان الافراد ليس لهم اي دور في اصدار العمل الاداري ، كما هي الحال في الاوامر التي تصدرها الادارة وتنفذها اكراها على الافراد ، فرفض الافراد للعادة يقع خارج نظام السوابق ، في شكل احتجاجات ادارية او طعون قضائية(٦١) .

٢ ــ المظهر الثاني : وهنا نتصور وجود خيار للافراد في قبول العمل الاداري « قرارات التوظيف او التجنس مثلا » ، ففي هذه الحال يستطيع الافراد مقاومة نظام السوابق في صورة رفض العمل الاداري « عدم المساهمة في تكوين سبب هذا العمل » .

ولقد وضع فقهاء القانون الخاص معيارا للخروج على العادة ، وهذا المعيار لا يقوم على اساس حسابي « اغلبية حسابية معينة ، نسبية او غيرها » ، وانما على اساس التسليم بقيام رأي عام يحيط بالقاعدة ويعتنقها(٦٢) .

وعلى هذا الاساس فالخروج على العادة الادارية ، هو الخروج البسيط ، وفي حدود هذا الشرط ، يتحدد معيار رفض العادة الادارية .

والخروج انما يكون بالطبع من الافراد الذين لهم مصلحة في انكار العادة(٦٣) ، وتقدير ثبات العادة واطرادها من المسائل الموضوعية التي يترك امره الى قاضي الموضوع(٦٤) .

هذا وفي صدد رفض الافراد للعادة الادارية وحيلولتهم دون تشكلها ، قالت محكمة القضاء الاداري في مصر « من الثابت ان التجارب التي اجرتها وزارة التموين بغية استخلاص معدلات انتاج الدقيق الصافي من القمح لتكون اساسا لمحاسبة اصحاب المطاحن عن عجز منسوب اليهم ، هي تجارب مبعثرة متنافرة في نتائجها ، متباينة في ارقامها ، وانها لبثت طوال الوقت محل جدل لا نهاية له واعتراض متواصل متكرر من اصحاب المطاحن ، متى كان الامر كذلك فانها لا تتضمن قاعدة عرفية ولا اساسا تنظيميا عاما يمكن التسليم به »(٦٥) .

وقولها ايضا « لا حاجة لما يتحدى به المدعي من بطلان اجراءات التعيين بمقولة ان الجامعة اطرحت ما جرى عليه عرفها من الاعلان عن خلو الكرسي والمفاضلة بين المتقدمين ، ذلك لان القانون لم يستوجب مثل هذا الاجراء ، كما ان العمل جرى واطرد على ذلك ، بحيث اصبح عرفا اداريا مستقرا يقوم مقام القاعدة التنظيمية العامة المفروضة الاتباع ، بل غاية الامر ان الجامعة كانت تلجأ الى ذلك من حين لآخر »(٦٦) .

المبحث الثالث

التطبيق غير العارض للعادة الادارية

القاعدة القانونية المكتوبة ، هي قاعدة لم توضع لتحكم علاقات محددة تحديدا ذاتيا ، بل لتحكم علاقات ذات طابع موحد ومتكرر الى حد غير معلوم من الوقائع والاشخاص ، ولهذا فقد وصف المجرد بانه خارج الزمن(٦٧) .

والأمر على خلافه بالنسبة للقاعدة العرفية ، فهي تبتدىء بوقائع محددة تحديدا زمنيا ومكانيا وذاتيا ، ومن ثم - وبالمفهوم المعاكس - لابد لها من الامتداد في الزمن لترقى الى مرحلة التجريد القانوني .

هذا هو الاساس لاسيما بالنسبة لروابط القانون الخاص ، وللعادات الادارية ، ولكن هل ان كافة الأعراف الادارية تستوعب الزمن .

لهذه الأسباب ، ولاهمية الزمن في حياة القاعدة العرفية ، كان لابد من بحث النقاط الآتية :

أسباب تسمية هذا البحث « التطبيق غير العارض للعادة » - هل يمكن ان تقاس كافة الأعراف الادارية بمعيار الزمن - مسألة الاعراف الادارية القديمة - معيار الزمن اللازم لنشوء العرف الاداري .

الفرع الأول

اسباب تسمية هذا البحث بالتطبيق غير العارض للعادة

لابد من الاشارة الى اننا آثرنا عنونة البحث بعنوان « التطبيق غير العارض »(٦٨) ، مع العلم ان هذه التسمية ذات طابع سلبي ، وتأخذ صفة السلب في الظاهرة دون الجوانب الايجابية .

ولقد لاحظنا ان بعض الأحكام وبعض الفقهاء تعتبر القدم شرطا في العرف الاداري(٦٩) ، الا اننا نرى ان هذه العبارة تعني الزمن الطويل ، وهذا ما ينسجم مع روابط القانون الخاص ، حيث الزمن عنصر جوهري فيها(٧٠) .

لهذه الأسباب ، فقد آثرت هذا الوصف واطلاقه على الجوانب المختلفة لهذا المسمى ، وذلك للتدليل على ان قيام الادارة لم يكن تحت تأثير نزعة عابرة

ولفترة قصيرة(٧١) ، لاسيما ان سرعة التطور في روابط القانون الاداري ، قد توحي بأن الأعراف الادارية تخضع لهذه السمة الطارئة .

ولكن اذا كنا نقيس نشوء الأعراف الادارية بمقياس الزمن ، فهل ان هنالك اعراف تخرج على ذلك .

الفـرع الثاني

مسألة اعتبار الزمن شرطا في تكوين العرف الاداري

ذكرنا سابقا ان العادة الادارية كي ترقى الى مستوى التجريد القانوني لابد لها من ان تطبق على علاقات غير محددة من الأفراد والوقائع .

ولاشك ان هذا التطبيق غير المحدود ، لا يمكن ان يقوم على معيار حسابي نتبع من خلاله عدد الأشخاص اصحاب المصلحة ، لان هذا العدد مجهول .

لهذا كان لابد من اعتماد معيار موضوعي لقياس حقيقة غير محددة ، وهذا المعيار هو الزمن ، فالزمن هو اثر التكرار ، واستحالة حصر عـدد التكرارات يدفعنا الى اعتماد المعلول لقياس العلة(٧٢) .

ونعتقد ان اعتماد الزمن كشرط لنشوء العرف الاداري اكثر ما يكون ضروريا في الأعراف الادارية التي يظهر فيها الأفراد كمخاطبين في القاعدة ، ففي هذه الأعراف نحتـاج الى مزيد من التطبيق ، اي نحتـاج الى الزمن لتعميم القاعدة والحصول على موافقة الأفراد .

اما القواعد العرفية التي يبرز فيها عنصر السلطة « كعنصر ينشيء القاعدة أو يتلقى حكمها » ، ففي هذه القواعد يكون عدد الأشخاص محدودا ، وقد تلتزم الادارة بالقاعدة وتقبلها السلطات الأخرى منذ السابقة الأولى ، ومن ثم فالزمن لا يبرز جليا في مثل هذه القواعد(٧٣) .

وعلى كل ، فالحال الأخيرة قليلة الحدوث ، والغالب اننا بحاجة الى خلق راي عام يعتنق القاعدة ، وخلق هذا الراي العام لا يقاس الا بالزمن .

ولقد أتيح للقضاء الاداري في مصر ان يشترط هذا العنصر ، ويشير الى دوره في تكوين العرف الاداري ، وفي ذلك قالت المحكمة الادارية العليا « العرف الاداري تعبير اصطلح على اطلاقه على الأوضاع التي درجت الجهات الادارية على

اتباعها في مزاولة نشاط معين ، وينشأ من استمرار الادارة التزامها لهذه الاوضاع والسير على سننها في مباشرة هذا النشاط ان تصبح بمثابة القاعدة القانونية الملزمة »(٧٤) .

كذلك فالفقه ابرز هذا العنصر ، واشار الى دوره في تكوين العرف الاداري(٧٥) .

الفرع الثالث
هل تتفق طبيعة العرف المستقرة مع الروابط المتغيرة للقانون الاداري

ذكرنا سابقا ان الزمن عنصر من عناصر تكوين القاعدة العرفيه ، ومن جهة أخرى فروابط القانون الاداري تتميز بسرعة تطورها وتغيرها ، والسؤال المطروح هو هل تتطلب هذه الروابط العادة بما في ذلك من التكرار المستمر والمديد .

الى جانب هذا السؤال نطرح سؤالا آخر مآله : هل يمكن ان تتواجد في روابط القانون الاداري اعراف تتسم بقدمها .

السؤال الأول يجيب عليه بعض الفقهاء بالنفي ، ذلك لأن طبيعة العرف المستقرة تتنافى مع روابط القانون الاداري التي هي اقرب الى الأعراض وعدم الاستقرار(٧٦) .

ونعتقد ان القضية طرحت خطأ فالتحول والتغير في الحياة الادارية قد يتنافى مع تكون بعض الأعراف الادارية ، وقد يؤدي الى الغاء العرف السابق ، ولكن ذلك لا يمنع من نشوء عرف اداري خلال مدة قصيرة اذا ما توفرت اسبابه، منوهين بأن صيغة التكرار في العرف الاداري مرنة وتتمدد وتتقلص تبعا لموضوعاته(٧٧) ، مما يتيح نشوء العرف خلال مدة قصيرة .

ويمكن القول ان بعض الأنشطة الادارية تستوعب العادة والاستمرار في التطبيق ، واننا نسرد فيما يلي بعض الأنشطة المتسمة بذلك :

ـ العادات العامة التي يمكن ان تنشأ بين عدة جهات ادارية والتي تتوجه بالخطاب الى جمهور غفير من الافراد ، فهذه الأعراف تتطلب الزمن لانتشارها وتوجهها الى الأفراد المعنيين .

ـ بعض الأنشطة الادارية ترنو بطبيعتها الى الاستقرار : مثل النشاط الأساسي للمرفق العام(٧٨) ، ومثل الحقوق العينية الادارية ، وحقوق الارتفاق الادارية ، وغير ذلك .

وسنتعرض في مجال الاموال العامة الى هذه الأعراف التي نشأت في هذا المضمار والتي تتسم بالقدم ، منوهين بأن هذه الأعراف الادارية قد لا تتطلب الزمن الطويل لنشوئها ، انما بسبب حيويتها ، تستمر الادارة في تطبيقها حتى بعد اكتمال العنصر المعنوي .

ويمكننا ان نضرب بعض الأمثلة على هذه الاعراف :

ـ جريان وزارة الداخلية في مصر منذ عهد بعيد على قاعدة منح الرتب الفخرية لضباط الشرطة بقصد المظهرية ، لا بقصد تخويل حقوق تتعلق بالرواتب او الأقدمية(٧٩) .

ـ « جريان العرف الاداري في مصر منذ صدور الخط الهمايوني على وجوب الحصول على ترخيص اداري لانشاء دور العبادة المتعلقة بالطوائف غير الاسلامية »(٨٠) .

ـ « جريان العرف الاداري في مصر منذ عهد بعيد على تخويل وكيل المديرية حق مباشرة اختصاصات المدير اثناء غيابه في رئاسة لجان مخالفات الري »(٨١) .

ـ « الاعراف الادارية التي استقرت في فرنسا منذ عهد بعيد على تحديد نطاق الاموال العامة ، وحمايتها بطرق مختلفة »(٨٢) .

الفرع الرابع

الوظيفة التي يلعبها الزمن في حياة العرف الاداري

تكلمنا عن ضرورة الزمن كعنصر في تكوين العرف الاداري باعتباره يكشف عن نية الادارة ، والتزامها بالقاعدة التنظيمية الناشئة .

ونعتقد ان الزمن له وظيفة اخرى في حياة العرف الاداري ، فهو يمنحه مزيدا من الحيوية التي تضفي عليه الثبات وتحميه من التبدل والتغير .

ذلك ان للعادة « سلطان على النفوس ، وتحكم في العقول ، ومتى رسخت اعتبرت من ضرورات الحياة ، لان العمل ـ كما يقول علماء النفس ـ بكثرة تكراره تألفه الأعصاب والأعضاء ، ولاسيما اذا اقتضته الحاجة ، ومن ثم يقولون : ان العادة طبيعة ثانية ، ويقولون : ان في نزع الناس عن عاداتهم حرج عظيم »(٨٣) .

وفي الحقيقة ، وكما يقول بعض فقهاء القانون الخاص « ان العادة القديمة كثيرا ما تحاط بشيء من الهيبة والتقديس ، وتبعث على وجوب احترامها وبرهبة وخوف غريزي من مخالفتها بالاضافة الى الصفة الدينية التي تصطبغ بها ، وهذا ما يتفق مع غرائز الانسان الخفية التي تتمثل في احترام العرف السابق ، وشعور الناس بالرهبة عندما يقدمون على المساس بما جرى عليه اسلافهم »(٨٤) .

فالزمن يكشف عن قيمة العادة وحيويتها وصلاحيتها للتطبيق ، والعادة المتبعة منذ مدة طويلة اقل خطرا وتعارضا مع العقل السليم من قاعدة ذات مظهر حسن ، لم يقم الدليل في التطبيق على صحتها(٨٥) .

والخلاصة ان الزمن يساعد على ترسيخ العادة حتى بعد اكتمال نشأتها والالتزام بها ، بحيث تصبح تقليدا ثابتا ينتقل جيلا بعد جيل ، وفي النهاية يرفعها فوق كل تشكيك(٨٦) .

الفرع الخامس

معيار الزمن اللازم لنشوء العرف الاداري

ما هي المدة اللازمة لنشوء العرف الاداري .

قبل الاجابة على ذلك لابد من الاشارة الى ان بعض الشرائع اشترطت المدة اللازمة للتقادم المكسب : prescription ، ولكن هذا الراي لا يمكن الاخذ به لان التقادم ينشيء مركزا ذاتيا في حين ان العرف ينشيء قاعدة تنظيمية(٨٧) .

ولقد صدر في انكلترا سنة ١٢٧٥ قانون اشترط لاعتبار العادة قديمة ان ترجع الى عهد لا يتذكره احد ، وتضمن هذا النص ايضا انها تعتبر كذلك اذا ثبت انها موجودة عام ١١٨٩ ، ولكن القضاء اكتفى أن يثبت له ان احدا من المعاصرين لم يشهد نشوء العادة او التمسك بها(٨٨) .

وهنالك شرائع اخرى « القانون الكنسي » اشترطت ان يمر على العادة مدة اربعين عاما ، كما اشترطت مدة مائة سنة بالنسبة للأعراف التي تخالف القانون(٨٩) .

هذا واننا نسجل على هذه النصوص الملاحظتين الاتيتين :

ــ العرف مصدر مستقل عن التشريع ، والنصوص لا تستطيع ان تحدد شروط انطباقه وتكوينه واثباته ، والمدة اللازمة لنشوئه ، وانما يرجع في ذلك

الى الطبيعة الذاتية لكل قاعدة عرفية ، والمسالة ـ ولاشك ـ موضوعية يعود تقديرها الى القاضي(٩٠) .

ـ اذا كان التشريع قد حاول تنظيم بعض الاعراف في القانون الخاص ، فمرد ذلك الى الطبيعة الموضوعية لهذه الاعراف ، والأمر على خلافه بالنسبة للاعراف الادارية التي تحكمها ارادة السلطة الادارية ، ومن ثم فان اي تنظيم مسبق لشروط العرف يصطدم مع الطبيعة المرنة التي تتابى على كل تحديد .

هذا ولقد وصف بعض الفقهاء المدة اللازمة لنشوء العرف بانها المدة الطويلة ، او القديمة ، اوان العادة ليست عارضة او طارئة او مؤقتة(٩١) .

ونعتقد ان افضل صفة تطلق على العادة انها العادة المستمرة والضرورية : durè necessaire، أو الكافيــة لابــراز العنصر النفسي(٩٢) ، وبالتالي فكل تحديد مسبق يعتبر تحكميا(٩٣) .

ولقد أتيح للقضاء الاداري في مصر ان يتعرض الى الزمن ودوره في انشاء العرف الاداري ، وان يحدد معياره وسمته الموضوعية ، وفي ذلك قالت محكمة القضاء الاداري « ويجب أن يكون العرف الاداري ثابتا مستقرا ، كأن تكون الادارة قد سارت على سنن معينة وباطراد المدة الكافية ، والتزمت به دائما وطبقته في جميع الأحوال الفردية »(٩٤) .

وقولها في حكم آخر « يجب أن يكون العرف الاداري قديما ، اي استقر ومضت على اتباعه فترة من الزمن تتناسب مع طبيعة الوضع ، وتفسير ذلك مرجعه الى القضاء الذي يثبت في كل حالة ان القاعدة العرفية قد مضى على اطراد العمل بها زمن كاف يؤكد ثباتها واستقرارها »(٩٥) .

الهــوامش

١ ـ د. رمزي الشاعر : النظم السياسية والقانون الدستوري ، ص٧٦

٢ ـ مجموعة هذه المحكمة ، السنة ١١ ، حكم رقم ٣١٦ ، جلسة ٢٢ يونيه ، ١٩٥٧ ، ص٤٩٦

٣ ـ Stassinopoulos : Traité des actes adm, op, cit; P. 35

وهذا الفقيه يرى ان هنالك صورا قانونية عامة متوفرة في كافة فروع القانون ، هذه الصور ـ بغض النظر عن القانون الذي تنتمي اليه ـ تنطبق على الحالات التي تتلاءم معها سواء أكانت تحت لواء القانون العام أم الخاص .

٤ ـ المجموعة ، السنة الحادية عشرة ، حكم رقم ٣١٦ ، ص٤٩٦

٥ ـ د. بكر القباني : العرف كمصدر للقانون الاداري ، ص٢١ ـ المحكمة الادارية في مصر : ٢٤ فبراير ١٩٦٢ ، المجموعة السنة السابعة ، مبدأ رقم ٤٢ ، ص٣٥٥

٦ ـ Valette : Du rôle de la coutume, op, cit; P, 81

٧ ـ Geny : Methodes d'interpretation, op, cit; P, 359

وقد وصف التكرار بقوله : Repetition est constant et ininterrompu.

٨ ـ د. عدنان القوتلي : الوجيز في الحقوق المدنية ، ج١ ، المدخل للعلوم القانونية ، ط٧ ، دمشـق ، ١٩٦٢ ، ص٣٥٤

٩ ـ د. سليمان الطماوي : الوجيز في القضاء الاداري، ص٧٦١، وهو يرى انه يمكننا التماس معيار مادي يكون بمثابة ظاهرة اجتماعية ، وذلك على نطاق العلاقات بين الافراد لانهم متساوون ، والعكس بالنسبة لروابط القانون الاداري التي تقوم على الموازنة بين المصلحة العامة والخاصة .

١٠ ـ د. حسين كيره : المدخل الى القانون ، ص٣٥٢ ، وهو يرى ان العرف في القانون الخاص ينشا عن غير بينة أو نية سابقة لانشائه .

١١ ـ د.عدنان القوتلي : الوجيز في الحقوق المدنية ، ص٣٥٤

١٢ ـ قرار محكمة القضاء الاداري في مصر : مجموعة هذه المحكمة ، س٤ ، حكم رقم ١٢٣ ، تاريخ ١٩٥٠/٥/٤ ، ص٦٩٧ ، وقد جاء فيه « اذا كانت اللائحة التي لم يصدر بها حتى الآن تشريع ، اذانهالاتزال مشروعا غير مقنن ، ورغم ذلك التزمتها الجامعة وطبقتها باطراد واصبحت قاعدة تنظيمية عامة تعتبر مخالفتها مخالفة للقانون ، ذلك ان المخالفة القانونية ليست مقصورة على مخالفة قانون أو لائحة ، بل كل قاعدة جرت عليها واتخذت منها منهاجا » .

١٣ ـ مجموعة هذه المحكمة ، س٧ ، حكم رقم ٤٢ ، تاريخ : ١٩٦٢/٢/٢٤

١٤ ـ د. نعمان خليل جمعة : المدخل للعلوم القانونية ، ص١٧٩ ـ د. بكر القباني : العرف كمصدر للقانون الاداري ، ص٢١ ـ د. عبد الفتاح حسن : القضاء الاداري ـ قضاء الالغاء ، ص٢٤٠ ـ د. مصطفىابو زيد فهمي : القضاء الاداري ، ط٤

١٥ ـ د. بكر القباني : العرف كمصدر للقانون الاداري ، ص٢٠

Dabin : Theorie generale du droit, op, cit; P. 13

١٦ ـ د. سليمان مرقس : المدخل للعلوم القانونية ، ص١٠

١٧ ـ محكمة القضاء الاداري في مصر : ٢٨ يناير ١٩٤٨ ، المجموعة السنة الثانية ، حكم رقم ٤٩ ، ص٢٨٣

١٨ ـ محكمة النقض المصرية: ١٩٤٨/٤/٦ ، مجلة التشريع والقضاء السنة الاولى رقم ١٢٣ ، ص١٦٦ ، وقد جاء في الحكم « لا محل للقول بانه لا توجد لوائح تقضي بان يلتزم سائق السيارة السير على يمين الميدان محل الواقعة ويدور حوله ، لان العرف جرى بان يلتزم سائقوا السيارات الجانب الايمن على الطرق دائما » .

١٩ ـ مجموعة المحكمة الادارية العليا في مصر : السنة الرابعة ، مبدا رقم ١٠٢ ، تاريخ ٢٥ ابريل ١٩٥٩ ، ص١١٦٢

٢٠ ـ Plantey (Alain) : Traitè pratique de la fonction publique Tom, 1, 2ed, 1963; P, 248

٢١ ـ C.E.F, 9-9-949; Marquis; P, 69

٢٢ ـ د. بكر القباني : العرف كمصدر للقانون الاداري ، ص٢٠

٢٣ ـ د. بكر القباني : العرف كمصدر للقانون الاداري ، ص٢٠

٢٤ ـ د. انور سلطان: المبادىء القانونية العامة، ١٩٧٤، القاهرة دار النهضة العربية،ص٢٧

٢٥ ـ محكمة القضاء الاداري : المجموعة ، س٧ ، حكم رقم ٨٦٧ ، جلسة : ٢٤ يونيه ١٩٥٣ ، ص١٧٨١

٢٦ ـ مجموعة السنة الخامسة ، حكم رقم ٢١٥ لسنة ٤ ق ، ص١٠١٧

٢٧ ـ عبد الفتاح حسن : القضاء الاداري ـ قضاء الالغاء ، ص٢٤٠ ـ د. عبد المنعم البدراوي : المدخل للعلوم القانونية ، ص٣١٦ ـ محمد الجمل : الوظف العام ، ط٢ ، ص١٤١٩

٢٨ ـ د. حسن كيره : المدخل الى القانون ، ص٣٥٤

٢٩ ـ محمد حامد الجمل : الموظف العام ، ط٢ ، ص١٤٢،٠

٣٠ ـ د. سليمان الطماوي : النظرية العامة للقرارات الادارية ، ص٤٥١

٣١ ـ د. رمزي الشاعر : النظم السياسية والقانون الدستوري ، ص٨٧

٣٢ ـ د. بكر القباني : العرف كمصدر للقانون الاداري ، ص٢٨

٣٣ ـ Stassinopoulos : Traité des actes adm, op, cit; P. 6

٣٤ ـ د. بكر القباني : العرف كمصدر للقانون الاداري ، ص٢١

وانظر : مصطفى احمد الزرقا : المدخل الفقهي العام ، ص٨٧ ، فهو يرى ان العرف لا ينشا من العادة الفردية ، وانما هو عادة جمهور قوم ، وبذلك فهو يفرق بين الاغلبية العددية كركن في العرف يحقق معناه،وبين الاغلبية العملية التي هي شرط العرف .

٣٥ ـ د. بكر القباني : العرف كمصدر للقانون الاداري ، ص٢٠

٣٦ ـ Geny : Methodes d'interpretation, op, cit; P. 390

وقد جاء ذلك في قوله :

Par une suite suffisante d'actes repetée

٣٧ ـ د. حامد سلطان : القانون الدولي في وقت السلم ، ص٤٨ ـ د. سامي عبد الحميد : القاعدة الدولية ، ص٣٠٤ ، وقد تكلم الفقيهان عن قلة عدد الدول واثر ذلك على التكرار .

٣٨ ـ Geny : Methodes d'interpretation, op, cit; P. 360

٣٩ ـ د. سليمان الطماوي : الوجيز في القضاء الاداري ـ قضاء التعويض ، ص٢٧٢

٤٠ ـ د. بكر القباني : العرف كمصدر للقانون الاداري ، ص٢٨

٤١ ـ محمد حامد الجمل : الموظف العام ، ط٢ ، ص١٤٢ ـ د. بكر القباني : العرف كمصدر للقانون الاداري ، ص٢٠

٤٢ ـ د. حامد سلطان : القانون الدولي في وقت السلم ، ص٤٨

٤٣ ـ د. عبد المنعم البدراوي : المدخل للعلوم القانونية ، ص٢٨

٤٤ ـ Dabin : Théorie générale du droit, op, cit; P, 75
Ripert : Les forces créatrices du droit, op, cit; P, 133

٤٥ ـ د. عبد الحي حجازي : المدخل لدراسة العلوم القانونية ، ص٤٥٣

٤٦ ـ Dabin : Theorie generale du droit, P, 13

٤٧ ـ د. عبد الحي حجازي : المدخل لدراسة العلوم القانونية ، ص٢٦

٤٨ ــ محمد حامد الجمل : الموظف العام ، ط٢ ، ص١٦٧٨

٤٩ ــ محمد حامد الجمل : الموظف العام ، ط٢ ، ص١٦٧٥

٥٠ ــ د. مصطفى ابو زيد فهمي : القضاء الاداري ، ط٤ ، ص٢٤٩ ، وهو يرى ان اهم ما يميز العمل الاداري انه عمل عمدي ــ د. عبد الحميد متولي : النظم السياسية والمبادىء الدستورية ، ص١٥٢ ، وهو يرى ان العنصر المعنوي يسبق العنصر المادي ، على ان كلا منهما يؤثر ويتاثر في الاخر .

٥١ ــ د. حامد سلطان : القانون الدولي في وقت السلم ، ص٥٢ ، وقد عرض للاسباب التي تعيق نشوء العرف مثل ابداء التحفظات وغير ذلك .

٥٢ ــ د. نعمان خليل جمعة : المدخل للعلوم القانونية ، ص١٨١ ، وهو يرى ان ركن الالتزام لا يتولد الا باستقرار العادة ــ د. رمزي الشاعر : النظم السياسية والقانون الدستوري ، ص٥٤ ، والفقيه المذكور يرى ان التكرار هو اقرار او شهادة باعتناق القاعدة العرفية .

٥٣ ــ مجموعة هذه المحكمة ، السنة العاشرة ، حكم رقم ١٠٩ ، جلسة ١٩٥٥/٩/١٥ ، ص٢٣

٥٤ ــ د. عبد الحي حجازي : المدخل لدراسة العلوم القانونية ، ص٢٥ و ٢٦ ، وقد نفى ان تتوفر في القانون خاصية الكمال المتوفرة في بقية الظواهر لان الارادة آية القانون والارادة تعني القبول والرفض ــ د. احمد فهمي ابو سنه : العرف والعادة في رأي الفقهاء ، رسالة دكتوراة ، جامعة الازهر ، ص٥٦ ، وهو يقول « انما تعتبر العادة اذا اطردت فان اضطربت فلا » .

٥٥ ــ مجموعة هذه المحكمة : السنة ١١ ، حكم رقم ٣١٦ ، ص٣٩٦ ، وقد جاء في ذلك قولها « ان يطرد الامر على اتباع العرف بلا انقطاع في جميع الحالات حيث يتوافر شروط انطباقه ، فالقاعدة العرفية يلزم ان تكون متبعة بصفة دائمة وبطريقة منتظمة غير متغيرة او متقطعة » .

٥٦ ــ د. حامد سلطان : القانون الدولي في وقت السلم ، ص٤٨ وما بعدها .

٥٧ ــ د. بكر القباني : العرف كمصدر للقانون الاداري ، ص٣٣ ــ د. حامد سلطان : القانون الدولي في وقت السلم ، ص٥٢ ــ د. رمزي الشاعر : القانون الدستوري والنظم السياسية ، ص٩١ ، وهذا الفقيه يرى ان صدور اجزاء واحد مخالف للقاعدة الدستورية يكفي للتشكيك في استقرارها .

٥٨ ــ مجموعة المحكمة : السنة ١١ ، حكم رقم ٣١٦ ، ص٤٩٦ ، وقد جاء في ذلك قولها « شرط العرف ان يكون عاما متبعا من غالبية من يعنيهم الامر ، وان يكون قديما ، اي استقر ومضت على اتباعه فترة من الزمن تتناسب مع طبيعة الوضع » .

٥٩ ــ Pache : Droit administratif, op, cit; P. 26

٦٠ ــ د. بكر القباني : العرف كمصدر للقانون الاداري ، ص٢٨

٦١ ـ د. بكر القباني : العرف كمصدر للقانون الاداري ، ص٢٨

٦٢ ـ د. رمزي الشاعر : النظم السياسية والقانون الدستوري ، ص٢٢٦ ـ وقد وصف هذا الراي العام بانه الراي العام الكلي والجامع ـ مصطفى احمد الزرقا : المدخل الفقهي العام ، ص٨٣٢ ، وقد وصف العادة بانها عادة جمهور قوم ، او عادة الجماعة ـ د. سليمان مرقس : المدخل للعلوم القانونية ، ص٤٠٣ ، وقد اشترط اتباع العادة من جميع الاشخاص تقريبا ـ د. عبد المنعم البدراوي : المدخل للعلوم القانونية ، ص٢١١ ، وقد اشترط اتباع العادة من قبل اكثر من يعنيهم الامر ـ محكمة القضاء الاداري في مصر : فقد عرفت بالعرف قائلة « وشرط العرف ان يكون عاما متبعا من غالبية من يعنيهم الامر » . السنة ١١ ، حكم رقم ٢١٦ ، ص٤٩٦

٦٣ ـ د. سمير محمد تناغو : النظرية العامة للقانون ، ص٤٣٠

٦٤ ـ د. بكر القباني : العرف كمصدر للقانون الاداري ، ص٢٤

٦٥ ـ محكمة القضاء الاداري ـ حكم رقم ٤٣٢ ، جلسة : ١٩٥٧/٦/٢

٦٦ ـ مجموعة هذه المحكمة ، السنة ٧ ، حكم رقم ٢٠٥ ، جلسة : ١٩٥٣/٢/١١ ، ص٤٥٠

٦٧ ـ د. عبد الحي حجازي : المدخل لدراسة العلوم القانونية ، ص١٤١

٦٨ ـ د. رمزي الشاعر : النظم السياسية والقانون الدستوري ، ص٨٦ ، وقد اخذ بهذه التسمية .

٦٩ ـ د. عبد الحميد حشيش : مبادىء القضاء الاداري ، ص٥٨ ـ د. بكر القباني : العرف كمصدر للقانون الاداري ، ص٢٢ ـ محكمة القضاء الاداري في مصر : ٢٢ يونيه ١٩٥٧ ، المجموعة ، السنة ١١ ، حكم رقم ٤٠٦ ، ص٤٩٦ ، وقد قالت « وشرط العرف ان يكون عاما متبعا من غالبية من يعنيهم الامر ، وان يكون قديما ، اي استقر ومضت على اتباعه فترة من الزمن تتناسب مع طبيعة الوضع » .

٧٠ ـ د. عدنان القوتلي : الوجيز في الحقوق المدنية ، ص١٥٤ ـ د. سليمان مرقس : المدخل للعلوم القانونية ، ص٢٤٦ ـ د. انور سلطان : المبادىء القانونية العامة ، ص٦٨

٧١ ـ د. بكر القباني : العرف كمصدر للقانون الاداري ، ص٢٢

٧٢ ـ Ripert : Les forces créatrices du droit, op, cit; P. 27

وقد جاء في ذلك قوله :

La permanence c'est n'est que aspect de la generalité.

٧٣ ـ د. عبد الحميد متولي : القانون الدستوري ، ج١ ، ١٩٥٢ ، ص١٦٥ ، وهو يرى عدم ضرورة الزمن لنشوء العرف الدستوري ـ د. حنا ابراهيم نده : القضاء الاداري في الاردن ، ص٣١ ، والفقيه المذكور لا يرى ضرورة للزمن من اجل نشوء العرف الاداري .

٧٤ ـ مجموعة هذه المحكمة : السنة الخامسة ، جلسة : ٢٦ مارس سنة ١٩٦٠ ، ص٧٠٥

٧٥ ـ د. محمد كامل ليله : مبادىء القانون الاداري ، ص٤٢٧ ـ محمد حامد الجمل : الموظف العام ، ط٢ ، ص١٤٢٠ ـ د. بكر القباني : العرف كمصدر للقانون الاداري ، ص٢٢ ـ د. طعيمة الجرف : القانون الاداري ، ١٩٧٨ ، دار النهضة العربية ، ص٦٢

٧٦ ـ د. خالد عريم : القانون الاداري الليبي ، ص١٥٦ ـ د. سليمان مرقس : المدخل للعلوم القانونية، ص٣٩٤ ـ شمس الدين الوكيل: في المدخل للقانون، الاسكندرية ، ١٩٦٨، ص١٩١

٧٧ ـ د. سليمان مرقس : المدخل للعلوم القانونية ، ص٣٩٤ ، وقد اشار الى تاثير صيغة التكرار بالموضوع الذي تنظمه .

٧٨ ـ د. محمد حامد الجمل : الموظف العام ، ط٢ ، ص٢٨٧

٧٩ ـ محكمة القضاء الاداري : المجموعة ، س١٠ ، حكم رقم ٤٥٣ ، جلسة : ١٩٥٥/٥/١٢

٨٠ ـ المحكمة الادارية العليا : المجموعة ، السنة الرابعة ، مبدأ رقم ١٠٣ ، ص١١٦٢ ، جلسة : ١٩٥٢/٢/٢٦

٨١ ـ مجموعة احكام مجلس الدولة المصري : س٦ ، القضية رقم ٥٣٧ ، ٥ ق ، بند رقم ٨٨ ، جلسة : ١٩٥٢/٩/٢٦

٨٢ ـ De Belmas : La pratique administrative, op, cit; P. 88

٨٣ ـ مصطفى احمد الزرقا : المدخل الفقهي العام ، ص٨٢٤

٨٤ ـ Geny : Methodes d'interpretation, op, cit; P. 346

٨٥ ـ Ripert : Les Forces Creatrices du droit, P. 10

٨٦ ـ د. رمزي الشاعر : النظم السياسية والقانون الدستوري ، ص٢٥٧

٨٧ ـ Geny : Methodes interpretation, op, cit; P. 179 et 359

٨٨ ـ د. سليمان مرقس : المدخل للعلوم القانونية ، ص٢٩٤

٨٩ ـ د. عدنان القوتلي : الوجيز في الحقوق المدنية ، ص٣٥٧ ـ د. بكر القباني : العرف كمصدر للقانون الاداري ، ص٢٢

٩٠ ـ Geny : Methodes d'interpretation, op, cit; P. 359

٩١ ـ د. ثروت بدوي : النظام الدستوري العربي ، ص٨١ ـ د. رمزي الشاعر : النظم السياسية والقانون الدستوري ، ص٦٥ ـ د. بكر القباني : العرف كمصدر للقانون الاداري ، ص٢٢ ـ د. سليمان مرقس : المدخل للعلوم القانونية ، ص٢٩٣ ـ د. حسن كيره : المدخل الى

القانون ، ص٢٥٤ ، د. عبد المنعم البدراوي : المدخل للعلوم القانونية ، ص٢١٧ ـ د. سمير تناغو : النظرية العامة للقانون ، ص٤٣٠

٩٢ ـ د. محمد فؤاد مهنا : القانون الاداري العربي ، ١٩٦٣ ـ ١٩٦٤ ، القاهرة ، ص٨٩ ـ د. محمد كامل دليله : مبادىء القانون الاداري ، ص٤٢٧

٩٣ ـ . بكر القباني : العرف كمصدر للقانون الاداري ، ص٢٢

٩٤ ـ محكمة القضاء الاداري : ٢٢ يونيه ١٩٥٣ ، القضية رقم ٥٤٠ لسنة ٦ ق ، مجموعة احكام مجلس الدولة ، السنة السابعة ، ص١٧٨١ ، بند ٨٦٧

٩٥ ـ محكمة القضاء الاداري : السنة الحادية عشرة ، بند ٢١٦ ، ص٤٩٣ ، جلسة ٥ يونيه ١٩٥٧

الفصل الثاني

الارادة المنشئة للعرف الاداري

تعرضنا في الأبحاث السابقة الى مادة العرف الاداري « العمل الاداري » ، ثم قفينا ذلك بدراسة عنصر الصياغة ، وسنحاول الآن تحليل العنصر الاخير ، وهو الارادة التي تنشيء العرف الاداري .

هذا وننوه بانه تعددت النظريات حول تاسيس القوة الملزمة للعرف ، حيث اقامت بعض هذه النظريات العرف على اساس ارادي ، والعكس .

وقد عني فقهاء القانون الخاص عناية بالغة بتحديد المصدر الذي يستمد منه العرف قوته ، ووجدت في هذا الشأن نظريات مختلفة ، لا يوجد لها نظير في فقه القانون الاداري ، وهو الأمر الذي يدعونا الى استعراض هذه النظريات للوقوف على مدى صلاحيتها للأعمال في مجال الأعراف الادارية(١) ، وذلك على اساس ما هو مستقر من جواز اعمال بعض النظريات المدنية في المجال الاداري ، ان كانت تقوم على أصول مشتركة تصلح للتطبيق في النطاقين المدني والاداري(٢) .

وعلى ضوء ما تقدم ، فسنقسم هذا الفصل الى بحثين نتكلم في الأول عن النظريات المختلفة لتاسيس القوة الملزمة للعرف ، ثم نتكلم في البحث الثاني عن التأصيل الحقيقي لهذا الأساس بالنسبة للعرف الاداري .

البحث الأول

النظريات المختلفة لتاسيس القوة الملزمة للعرف الاداري

وتتمثل أولى هذه النظريات في نظرية الضمير الجماعي للشعب ، بينما تتمثل الثانية في تأسيس الالزام على ارادة المشرع .

اما النظرية الثالثة فتستند قوة العرف الى ضرورة القواعد العرفية « النظرية الموضوعية » ؛ على العكس من النظرية الرابعة التي تؤسسه على أحكام القضاء .

الفـرع الأول

نظرية الضمير الجماعي للشعب

يرى أصحاب هذه المدرسة ان أساس القوة الملزمة للقانون هو الضمير الجماعي ، فالقانون – في راي هذه النظرية – ينمو نموا ذاتيا داخل الشعب ، وذلك كظاهرة اجتماعية ، ودون تدخل الانسان ، ودور المشرع سلبي في انشاء القانون ، ويقتصر على كشف القانون لا خلقه(٣) .

ولعل أهم ما تتميز به هذه المدرسة انها نبهت الأذهان الى العنصر المعنوي ، فالقانون العرفي لا يتكون من مجرد اعتياد مستمر ، ولكنه من الاعتقاد ، كما انها نبهت الأذهان الى دور العرف في خلق القانون ، والى انه المصدر الأمثل الذي يتصل اتصالا وثيقا بروح الأمة ، ويعتبر وسيلتها الفطرية لتنظيم تفاصيل المعاملات(٤) .

بيد أنه رغم افضال هذه المدرسة الا انها ركبت متن المغالاة ، إذ نسبت كل شيء الى فكرة غير محددة او منضبطة هي الضمير الجماعي(٥) .

فهذه المدرسة تنظر الى الشعب نظرة عامة ، اي على انه الشعب الحقيقي: Peuple réele، او الاجتماعي ، وليس الشعب القانوني(٦) : Peuple légal وفضلا عن ذلك فالضمير الشعبي مجرد احساس غائم : Sentiment diffus وهو مجرد معتقدات عامة غير محددة وتحتاج الى الصياغة القانونية(٧) .

وكما يقول احد الفقهاء « ان هذا الضمير لا يصلح أساسا للعرف ، وانه يجب التخلص منه ليحل محله احساس أصحاب المصلحة في القاعدة العرفية(٨): l'assentiment d'interessès

وفي رأينا ان هذا الضمير الجماعي ، ان كان يصدق بالنسبة للأعراف العامة التي هي جزء من مكونات النظام العام(٩) ، فهذا الأمر بعيد التصديق بالنسبة للأعراف الطائفية والخاصة .

وبالاضافة الى ذلك ، فلا يمكن اعمال هذه النظرية في مجال العرف الاداري « وذلك لقيامها على افتراض اساسي ، هو صدور العرف عن الشعب ، وهو افتراض لا يوجد له محل بالنسبة للعرف الاداري نظرا لصدوره عن « الهيئة الادارية » لا عن « الهيئة الاجتماعية »(١٠) .

ونوه بأن القضاء الاداري في مصر ، قد اقام القوة الملزمة للعرف على النظرية التقليدية التي نادى بها جيني ، والتي ترد هذه القوة الى رضا ذوي الشأن(١١) ، وهذا ما نلمحه في حكم محكمة القضاء الاداري الصادر في ٢ يونيه ١٩٥٧ ، والذي نجتزيء بعض فقراته ، قالت المحكمة المذكورة « ويقوم العرف بتوافر ركنين : الركن المادي والركن المعنوي ، ونعني بهما مضمون القاعدة العرفية ، اي ما تنطوي عليه من تنظيم ، وهو يتوافر اذا كانت هنالك سنة عامة مطردة تقادم عليها العهد واستقر عليها العمل ، ثم شعور الجماعة بضرورة احترام القاعدة العرفية ، وعدم جواز الخروج عليها »(١٢) .

وهكذا يتضح ان محكمة القضاء الاداري اعتبرت شعور الجماعة هو الاساس الملزم للعرف ، ولكنها أعطت الجماعة مدلولا ضيقا هو « من يعنيهم الأمر » ، وليس المدلول الموسع الذي نادت به المدرسة التاريخية ، ونعني به الشعب بكامله ، او الجماعة القومية » .

ومن جهة اخرى ، فقد لاحظنا ان محكمة النقض السورية ، قد اخذت بالمدلول الموسع للشعب في تأسيس القوة الملزمة للعرف ، دون أن تحدد المقصود من هذا الشعب ، وهل هو الشعب القانوني « اصحاب المصلحة » ، أو « من يعنيهم الأمر » ، ام الشعب بالمدلول الاجتماعي .

وفضلا عن ذلك ، فقد طبقت نظرية الشعب على العرف الذي ينشأ خلال السلطة الادارية ، مع أن هذا العرف وليد ارادة السلطة الادارية ، لا الهيئة الاجتماعية .

وفي ذلك قالت هذه المحكمة « ومن حيث ان العرف لا يكون عرفا الا اذا تكون من الاستعمال الشعبي ، استعمال الناس لا من استعمال السلطة صاحبة السلطان ، بحيث ان العرف ، هو ذلك العرف الذي ينشأ تدريجيا عن غير ارادة ، وعن غير سلطة وعن غير قصد »(١٣) .

الفرع الثاني

رفض نظرية الارادة الصريحة والضمنية للسلطة التشريعية

قلنا سابقا ان المدرسة التاريخية تجعل من العرف اقرب الوسائل للتعبير عن الضمير الشعبي ، ويترتب على ذلك الاتجاه المتطرف مبدأ سمو العرف على القانون نفسه : la loi .

ففي نظر هذه المدرسة « انه اذا كانت الأمة هي صاحبة السيادة ، فالعرف هو السلطة التاسيسية العليا »(١٤) .

وعلى النقيض من ذلك ، فالمدرسة الالمانية القديمة ، ومدرسة الشرح على المتـون : l'ecole de l'exegese ، تريان ان الدولة هي السلطة الوحيدة في انشاء القاعدة القانونية ، ومن ثم فهاتان المدرستان تنكران اية سلطة تشريعية للشعب ، وحجتهما في ذلك ان السيادة لا تقبل التقييد أو المشاركة ، وانا اذ نقر بوجود سلطة للمجتمع وللدولة على الارض الواحدة ، فمعنى ذلك انه لا توجد اية واحدة منهما(١٥) .

وهذا الاتجاه يرى في القاعدة القانونية الصادرة عن البرلمان المصدر الوحيد للقانون ، اي انه ينكر اية قيمة وضعية للعرف(١٦) .

وكي يستقيم لهذا الاتجاه منطقه في تفسير قوة العرف ، نجده يسند هذه القوة الى الارادة الضمنية للدولة ، فالشعب يعبر عن ارادته مباشرة وبصورة صريحة بواسطة القانون الشكلي : la loi ، وبصورة خفية بالعرف .

ومادام المشرع لا يعترض على العرف ، بل يلزم الأفراد على احترامه ، فمعنى ذلك ان ارادته تنصرف ضمنا الى اقراره ، والارادتان الصريحة والضمنية واحدة من حيث القوة القانونية(١٧) .

ووفقا لهذا الاتجاه فجميع القواعد القانونية تندمج في القانون الشكلي الصادر عن البرلمان ، وانه لا شيء فـوق القانون : supra legem ، او خارج القانـون : Contra legem (١٨) .

وحجة هذه المدرسة ان السلطة التشريعية في كل نظام دستوري لم تترك للجماعة ، وانما لهيئة تتبع اوضاع واجراءات معينة ، والوكالة المعطاة الى هذه الهيئة لا يمكن التنازل عنها ، والارادة غير المنظمة لا تستطيع خلق القواعد القانونية(١٩) .

ولاشك ان هذا التعليل ظاهر البطلان ، اذ من غير المنطقي ان يترتب على اعطاء الجماعة سلطة التشريع الى هيئة حرمان الجماعة نفسها من ذلك ، بل يبقى للأصيل دائما ممارسة هذا الحق(٢٠) .

ثم ان هذه المدرسة وجدت نفسها امام طريق مسدود عندما سلمت بالعرف

التجاري ، والسؤال المطروح لماذا هذا الاستثناء ، الم يكن الاولى بها ان تحتفظ بوجاهتها الظاهرية(٢١) .

ونظرية الارادة الصريحة ليست اوفر حظا من الارادة الضمنية ، فهذه النظرية ترى ان الارادة الصريحة للمشرع هي التي تفسر القوة الملزمة للعرف ، وهي التي تحدد مصادر القانون ، وما اذا كانت اصلية او احتياطية ، وهذا ما فعلته المادة الاولى من القانون المدني المصري .

وهذه النظرية ظاهرة البطلان « فالمشرع لا يستطيع ان يحدد دوره او دور غيره من المصادر ، اذ ان هذا التحديد لا يتوقف على ارادته ، ولا يدخل في اختصاصه ، وانما يرجع في ذلك الى قواعد اسمى من كل تحكم ارادي ، وهي قواعد مستقلة عن كل تنظيم تشريعي او عادي او دستوري ، وهذه القواعد يفرضها العقل وطبائع الاشياء »(٢٢) ، ومن ثم فاذا انكر المشرع ، او تجاهل وجود مصدر من مصادر القانون ، فذلك لا يمنع من وجوده اذا ثبت طبقا لقواعد السببية وجود قواعد قانونية وضعية في مجتمع معين تنشا من هذا المصدر .

وعلى سبيل المثال فالمشرع الفرنسي لم ينص على العرف كمصدر للقانون ، ولكن ذلك لم يحل دون وجود بعض القواعد في هذا القانون نشات مباشرة من العرف(٢٣) .

هذا ولا يمكن تصحيح صياغة هذه النظرية ، والقول : ان العرف يستمد قوته من الاحالة الواردة في التشريع الاساسي ، وليس من الاحالة الواردة في تشريع عادي ، لا يمكن ذلك لان الدستور نفسه قد يكون عرفيا(٢٤) .

وفضلا عن ذلك ، فلا يمكن الاخذ بالمادة الاولى من القانون المدني التي تعرضت الى مصادر القانون ، لسبب بسيط هو ان هذه المادة ، لم تذكر القضاء كمصدر للقواعد ، لاسيما ان القضاء الاداري مصدر اساسي في القانون الاداري ، زد على ذلك فهذه النظرية « تقوم على افتراض اساسي ، وهو صدور العرف عن الشعب متمثلا في اعتياد الناس على مسائل معينة بطريقة ملزمة ، وهو افتراض منتقد في مجال الأعراف الادارية ، نظرا لصدور هذه الاعراف عن جهة الادارة لا عن جهة الشعب »(٢٥) .

الفـرع الثالث
النظريـة الموضوعيـة

يرى أنصار هذا المذهب « ان اساس القانون يكمن في عوامل خارجة عن الارادة ، وهذه العوامل هي التي تحدد موضوع القانون ، وتكسب قواعده وصف الالزام »(٢٦) .

فالعرف ـ في نظر هذا الاتجاه ـ حاله واقعية ، ومن ثم « فالعدل والمسلمات الطبيعية والمنطق من جهة والواقعية القائمة على الحقوق الطبيعية ، او التجربة المستمدة من طبائع الاشياء ، والمصالح من جهة اخرى ، هي المصدر الحقيقي للقانون »(٢٧) .

« والعرف لا يستمد قوته الملزمة من المشرع او الدولة التي تعمل على ضمان احترامه ، ولا من الضمير الجماعي حسبما يرى دعاة المذهب التاريخي ، ولا من القضاء الذي يطبقه ويحكم بناء عليه ، وانما قوته ذاتية مردها في المقام الأول الضرورة الاجتماعية التي تحتم وجوده »(٢٨) .

والملاحظ ان هذا الاتجاه يسقط العنصر النفسي تحت أشكال مختلفة ، لهذا فقد وجدنا من يقول : ان العنصر النفسي ضروري للمحافظة على العرف المتكون(٢٩) .

هذا ويمكننا ان نتساءل : اذا كان العرف مجرد تكرار ، فما هي اللحظة الزمنية التي تسمح لنا ان نرسم خطا بين الواقع ، وبين القاعدة القانونية الملزمة(٣٠) .

فالضرورات الاجتماعية قد تكون سببا في نشوء العرف ، ولكن ذلك لا ينفي كون الارادة الانسانية هي التي تسبغ على سلوك الافراد المطرد قوة الالزام وواجب الاحترام ، اي هي التي تحدد ما ينبغي ان يكون : devoir - être اما التواتر فيكتفي بانشاء ما هو كائن : sein - être (٣١) .

وفضلا عن ذلك فلا يمكننا ان نقول بحتمية الواقع على صعيد القانون الاداري ، ما لم يكن هذا الواقع ثمرة ارادة الادارة ونتاج اختيارها ، وبالمقابل فاننا اذ نسود هذا الاتجاه نكون قد سمحنا لقوى واقعية ان تفرض وجودها على الحياة الادارية .

ونعتقد ان اصحاب هذا الاتجاه خلطوا الأساس الفلسفي للعرف ومبررات الاخذ به بمصدر قوته الملزمة ، فالعدل او المساواة ومقتضيات العقل والمنطق والحماية اللازمة للمصالح الخاصة ، او الاستقرار الضروري لحقوق الأفراد ، كل ذلك يتعلق بالمصدر المادي للقانون وفلسفته ، ومبررات وجوده وليس بأساسه الملزم .

واساس القوة الملزمة للعرف هو الارادة الانسانية ، وبعد تحقيق هذه الارادة يصبح للعرف قوة ذاتية تفرض نفسها حتى على الجهة التي وضعته(٣٢) .

الفـرع الرابع

رفض فكرة العرف القضائي وفكرة القضاء كأساس للعرف

تقوم النظرية التقليدية للعرف « النظرية الرومانية الكنسية » على اساس التسليم للأعراف بقوتها الملزمة بمجرد نشوئها مستوفية اركانها ، وهذا يعني ان دور القضاء هنا تقريري لا انشائي(٣٣) ، وان كانت هذه النظرية ترى ان القضاء المطرد يساعد على تنمية التكوين العرفي(٣٤) .

وعلى العكس من هذه النظرية ، فاصحاب المفهوم القضائي للعرف يردون تأسيس الزام العرف على احكام القضاء المطردة .

ويقول ابرز المدافعين عن هذا الاتجاه الفقيه لامبير شارحا نظريته « ان ما اجراه من ابحاث تاريخية تتعلق بالشرائع القديمة والحديثة تفيد ان الزام الأعراف لم يكن يصدر عن العادات الشعبية ، وانما عن احكام الكهنة القضاة ، وبالمقابل فلم يوجد نشوء تلقائي للعرف في اي عصر من العصور ، والعرف لا يعدو ان يكون قاعدة مستمدة من احكام قضائية متماثلة ، ودور الاجتهاد هو دور المصانع ، او ادوات العمل التي تحول المادة الأولية الى منتجات مصنوعة »(٣٥) .

بيد انه ليس هنالك ما يؤكد من الناحية التاريخية بأن العرف قد استمد قوته الملزمة من القضاء ، بل كانت هنالك قواعد عرفية اكتسبت صفة الالزام قبل تطبيق المحاكم لها ، والقضاء لا ينشيء العرف ، وانما يكشف عن وجوده ، ومتى اكتمل نشوؤه اصبح القضاء ملزما بتطبيقه ، ولذلك فليس صحيحا القول: ان العرف يوجد لان المحاكم تطبقه ، بل الصحيح ان المحاكم تطبقه لانه موجود(٣٦) .

فالعرف يعوزه الوضوح والتحديد ، واذا ما طلب الى القضاء تطبيقه

اتيحت له الفرصة لازالة ما يكتنفه من الغموض والابهام ، ثم لتمحيص حقيقته واستقصاء معناه الحقيقي ؛ وكأن القضاء يعين على ضبط معناه ويزيد من تاكيده وحمل الافراد على اتباعه واحترامه ، وباختصار يساعد على تنمية التكوين العرفي(٣٧) .

ولكن ماذا عن استقرار الاجتهاد على مسالة معينة ، هل يشكل هذا الاستقرار قاعدة عرفية ملزمة ، ام تقليدا قضائيا خاصا : Sui - generis له مدلوله الخاص والمميز .

يرى بعض الفقهاء انه يمكننا ان نستخلص من احكام القضاء المستقرة اتجاها عاما موحدا ، اذ ترتفع بهذا الاتجاه الى مرتبة القواعد العامة المجردة(٣٨) .

« غير ان التامل البسيط يرينا ان صفة العموم والتجريد مفقودة في هذه الحلول لانها محددة بالخصوصيات التي صدرت بها ، ولا تتعداها الى غيرها من الخصومات المتماثلة ، فهي اذن حلول خاصة ، لا ترتفع الى مرتبة القواعد العامة والمجردة ولا يطعن في ذلك القول بأن المقصود هو الاتجاه العام الذي يستخلص من استقرار احكام القضاء ، لانه حتى تكون لمثل هذا الاتجاه العام صفة القاعدة العامة ينبغي ان يكون اتجاها تلتزم المحاكم بالسير فيه والحكم بمضمونه ، ومجرد قيام حق المحاكم في مخالفته دون أن تخالفه يحول دون توافر العموم والتجريد ، ويكشف عن فقدان الصفة اللازم توافرها في الحلول القضائية المبتدعة حتى تعد من قبيل القواعد القانونية ، وهي صفة الالزام »(٣٩) .

واذا كان من السهولة تمييز العرف القانوني من العادة القضائية ، الا انه يمكن القول ان تكرار احكام القضاء او الاجراءات القضائية ينشيء بالمفهوم الموسع تقليدا قضائيا او عادة قضائية ، وليس عرفا قانونيا ، وأن هذه العادة تتمتع فقط بقوة ادبية ومعنوية(٤٠) ، وتختلف عن العرف الاداري بالمعنى الفني والعلمي : proprement dit ، ذي الصفات التي سبق الاشارة اليها .

وعلى ضوء ذلك يمكننا ان نفسر بعض النظريات التي ترى ان العرف ينشأ داخل وخارج القضاء(٤١) ، نفسر ذلك على اساس ان لكل منهما طبيعة قائمة بذاتها ، وليس على أساس وحدة الطبيعتين .

ولا حاجة للتاكيد بانه عندما ينشأ في كنف السلطات القضائية تصرفات ادارية تنتمي الى القانون الاداري ، وكما يتجسد على سبيل المثال في تنظيم

مرفق القضاء ، او فيما يتعلق بشؤون الموظفين ، في هذه الحال تتكون لدينا اعراف ادارية قضائية(٤٢) .

وطبعا فان وصف العرف بانه قضائي ، انما يعني مجرد نشوئه في كنف السلطة القضائية دون ان يعني ان له خصائص ومميزات جديدة تختلف عن العرف الاداري .

الفرع الخامس

التاصيل الحقيقي لأساس القوة الملزمة للعرف الاداري وتمييزه من كل من الأساس الفلسفي والركن المعنوي

اتضح مما سبق عدم امكان رد اساس الالزام في العرف الى سلطة التشريع، أو الى سلطة القضاء ، ونفس الشيء بالنسبة لرده الى سلطة الضمير الشعبي .

ويمكن القول ان هذه النظريات نمت وترعرعت في ظل القانون الخاص ، وكانت صدى لظروفه ومبرراته ، الأمر الذي يجعلنا نؤكد مع بعض الفقهاء ان هذه النظريات لا تصلح للعمل في مجال القانون العام(٤٣) .

ولاشك ان النتائج تتباين فيما لو اعتبرنا العرف مصدرا مستقلا ، او رددناه الى سلطة ما خارجية ، سواء اكانت التشريع ام سلطة القضاء ام اية سلطة اخرى .

وتجدر الاشارة الى ان وصفنا للعرف بانه مصدر مستقل ، لا يعني انه يستمد قوته من ذاته(٤٤) ، كما لا يعني التسليم بالنظرية الموضوعية لأساس العرف ، واسقاط دور الارادة الانسانية من مجال الدراسات الانسانية .

والصحيح ان نقول « ان العرف ـ باعتباره قانونا ـ يستمد قوته الملزمة من سلطة الدولة ، ثم انه بعد ذلك ، اي بعد ان يستمد قوته من الدولة يصبح له قوة مستقلة عن مصادر القانون الاخرى ، بمعنى ان قوة العرف الذاتية ، لا تفسر اساس القوة الملزمة للعرف ، ولكنها تفسر استقلال العرف عن مصادر القانون الاخرى .

على انه ينبغي لاعتبار العرف تعبيرا عن سلطة الدولة فهم حقيقة المقصود من هذه السلطة، وعدم الخلط بينها وبين اجهزتها كالجهاز الذي يطلق عليه اسم

مجلس الشعب ، فمجلس الشعب ليس هو السلطة في ذاتها ، ولكنه جهاز من اجهزتها ، اما السلطة في الدولة فهي ارادة الامة ، والقول بغير ذلك معناه هدر هذه السلطة واحلال محلها جهازا يغتصبها »(٤٥) .

والأمة تعبر عن ارادتها بطرق مختلفة تارة عن طريق النصوص ، واخرى عن طريق قواعد غير مكتوبة هي العرف .

او كما يقول دابان : ان الشعب الذي يضع العرف يقوم بعمل من اعمال السلطة العامة ، فهو من الناحية الدستورية له صفة احد أجهزة الدولة في صنع القوانين(٤٦) .

وعندما نقول : ان العرف تعبير عن ارادة الدولة ، فاننا نقصد من ذلك انه تعبير يختلف عن التشريع ، فالتشريع كالعرف يعبر كل منهما عن سلطة الدولة، ولكن يظل الفرق بينهما في ان التشريع يعبر عن هذه السلطة بطريق النصوص المكتوبة ، بينما يعبر عنها العرف بطريق العادات الشعبية .

ونعتقد ان العرف الاداري ، لا يخرج عن هذا التأصيل العام لأساس القوة الملزمة للعرف ، فهو أولا فكرة مرتبطة بالدولة ومظهر من مظاهر التعبير عن ارادتها ، وهو ثانيا مظهر مستقل وخاص من هذا التعبير .

ولكن ما هي الجهة او الجهاز الذي ينشيء العرف الاداري .

الجواب بسيط بالنسبة للعرف في القانون الخاص ، فالافراد اصحاب المصلحة الذين يطبقون القاعدة : chez que le pratique ، او يخضعون لها ويتحملون آثارها هم الذين ينشئون القاعدة العرفية باسم سلطة الدولة(٤٧) .

اما بالنسبة للعرف الاداري ، فالجهة التي تملك التعبير عن ارادة الدولة، وتمارس سلطة انشاء العرف الاداري ، هذه الجهة هي السلطة الادارية ، يضاف اليها ذلك ــ كما سنحدد ــ موافقة الافراد المخاطبين بالقاعدة .

وبهذا التحديد « فأساس الزام العرف كمصدر رسمي لبعض القواعد القانونية يختلف عن المفهوم الخاص بعقيدة الالزام كعنصر معنوي لازم لقيام العرف الاداري »(٤٨) .

فأساس الالزام بالنسبة للعرف ــ كمصدر ــ هو سلطة الدولة، اما العنصر المعنوي ، فهو ارادة الجهاز أو العضو الذي يمارس السلطة باسم الدولة .

والخلاصة ان ركن الالتزام في القاعدة هو العنصر اللازم لنشوئها ، في حين ان اساس القوة الملزمة هو الشرط اللازم لقيام العرف كمصدر من مصادر القانون.

وسلطة الدولة يمكن أن تنظم موضـوع العرف ، وتحـدد دوره وقوته القانونية كما فعلت ذلك المادة الأولى من القانون المدني المصري والسوري ، والعكس فقـد تترك هـذا الأمر دون تحديد ، كمـا هي الحـال في القانون الوضعي الفرنسي .

وعدم رد الأساس الملزم للعرف « كمصدر للقانون » الى سلطة الدولة يوقعنا في تناقض بين ، إذ قد نجد هذه الظاهرة منظمة في قانون وضعي، والعكس بالنسبة لقانون آخر ، إذاً فكيف نفسر هاتين الظاهرتين الموحدتين في الطبيعة والتكوين والسمات ، الا برد ذلك الى أساس واحد هو سلطة الدولة .

ونعتقد ان هذا التمييز يوضح لنا الفرق بين اعتبار العرف مسألة من مسائل العلم(٤٩) ، وقولنا ان التشريع يستطيع ان ينظم وجود العرف ودوره وقوته القانونية(٥٠) .

فاعتبارنا العرف مسألة من مسائل العلم نهتدي اليها من خلال الواقع القانوني ، يعني ان سـلطة الدولة لم تنظم العرف ، بل تركته الى الجماعة اصحاب المصلحة ، وعندئذ يجب البحث عما اذا كان ـ واقعا وفعلا ـ وجدت قواعد وضعية منشؤها العرف ، والأمر على خلافه عندما يحدد دور العرف من قبل السلطة التشريعية .

ونعتقد ان الركن المعنوي (ارادة الجماعة) ، يعتبر المصدر المباشر للعرف، في حين ان سلطة الدولة ، هي المصدر غير المباشر لذلك .

ويمكننا ان نماثل ذلك بقيام التشريع مثلا بتنظيم مصادر الالتزام ، فعندئذ يكون للالتزامات مصدران : مباشر هو العقد ، والاثراء بدون سبب . . . الخ ، اما المصدر غير المباشر فهو التشريع(٥١) .

اما بالنسبة للعرف فالمصدر غير المباشر هو سلطة الدولة ، وهذا المصدر هو الذي يحدد دور العرف ومكانته القانونية ، اما الركن المعنوي ، فهو المصدر المباشر الذي ينشيء العرف كقاعدة قانونية .

واساس القوة الملزمة للعرف ـ وفقا لهذا التحديد ـ يختلف عن اساسه

الفلسفي . فالأساس الفلسفي هو الذي يبرر وجود الدولة ذاتها بما تملك من سلطة تستطيع عن طريقها وضع قواعد قانونية تنظم بها المجتمع(٥٢) .

وان اهم نظرية تبرر وجود الدولة هي نظرية القانون الطبيعي التي تجعل جوهر القانون العقل والعدالة(٥٣) .

وغني البيان ان جوهر القانون واحد في كل صور التعبير عن ارادة الدولة ، فالعدل هو اساس القانون واصل التشريع ووجهته وهدفه بطبيعة الحال ، كما ان العرف لابد ان يرتكز على هذا الاساس(٥٤) ، ومن ثم فلا مبرر للبحث بصورة مستقلة عن الأساس الفلسفي للعرف الاداري ، الا للتذكير بأنه لا يختلف في ذلك عن غيره من مصادر القانون .

البحث الثاني

الركن المعنوي في القاعدة الادارية العرفية

لاحظنا ان بعض الفقهاء يطلق على هذا الركن وصف « الشعور القانوني » ، وفي ذلك قوله « المقصود بالعنصر المعنوي بالنسبه للعرف الاداري ، هو تواتر الاعتقاد بالزامية القاعدة المتبعة عادة كلما تجددت الحالة التي اتبعت فيها من قبل اي تواتر عقيدة الالزام ، او ما يسمى بالشعور القانوني ، وذلك من جانب السلطة الادارية التي قامت بالفعل المعتاد الذي كان محلا للعنصر المعنوي »(٥٥) .

ولقد لاحظنا ايضا اختفاء هذا الركن في بعض التعاريف ، فالعرف الاداري هو « سلوك الادارة المطرد في مسألة معينة على نحو معين فترة من الزمن بحيث تصبح الادارة والمتعاملون معها ملزمين باحترام القاعدة المتولدة من ذلك السلوك »(٥٦) .

واخيرا فقد حددته محكمة القضاء الاداري في مصر بانه « اعتقاد » ، وفي ذلك قالت « كما يجب أن يتوافر الشعور بالزام العرف ، بمعنى ان يستقر في الأذهان ضرورة احترام القاعدة العرفية وتوقيع الجزاء على من يخالفها وشرط الاعتقاد بلزوم القاعدة العرفية »(٥٧) .

وقولها « العرف الاداري هو أن تسير الجهة الادارية على نحو معين وسنن معينة في مواجهة حالة معينة ، بحيث تصبح القاعدة التي تلتزمها مختارة بمثابة القانون المكتوب »(٥٨) .

وهكذا يتضح من هذه التعاريف بأن هذا الركن هو : شعور ـ اعتقاد ـ الزام ـ التزام .

وبسبب هذا التناقض ، فقد وجدت من الضروري دراسة هذا الموضوع مفصلا تحت العناوين الآتية :

المقصود بركن الالتزام ـ المظاهر المختلفة لتعبير الادارة عن ارادتها في العرف الاداري ـ دور الأفراد في انشاء العرف الاداري ـ دور الركن المعنوي في تحديد قوة العرف الاداري وطبيعته القانونية .

الفـرع الأول

المقصود من ركن الالتزام في القاعدة الادارية العرفية

« العرف كأي شيء في الوجود لابد له من مصدر وسبب منشيء ، طبقا لمبدأ السببية الذي يقرر انه لا يوجد شيء بدون مصـدر ، ولا توجد نتيجة بلا سبب » .

ولا يغير في الامر ان يكون العرف قاعدة تقويمية تفرض ما يجب ان يكون : devoir - être ، فهو في ذاتـه شـيء كائن : être - sein يحتـاج الى سبب منشيء »(٥٩) .

ولكن ما هو السبب المنشيء للعرف الاداري .

لقد اثار الجواب على ذلك ابحاثا وخلافات حادة ، وحسبنا هنا تقديم بعض الملاحظات حول الموضوع .

١ ـ لاحظنا انه اطلق على هذا الركن وصف الاعتقاد(٦٠) .

ولعل في مطلع هذه الاتجاهات المدرسة التاريخية التي ترد العرف الى الضمير الجماعي ، ذلك الشعور الغامض وغير المحدد(٦١) .

ويرى الفقيه لامبير ان المدرسة التقليدية التي يتزعمها جيني ، لم تستطع التخلص من تأثير المدرسة التاريخية ، اذ استبدلت الضمير الجماعي باحساس أصحاب المصلحة : interessès (٦٢) .

ولقد عبر احد مؤيدي هذا الاتجاه عن رايه في هذا الركن بأنه ليس تصرفا قانونيا وان الافراد لا يعبرون عن ارادتهم بقصد انشاء قاعدة قانونية(٦٣) .

ولقد وصف هذا الركن أوصافا متعددة(٦٤) :

ـ الركن المعنوي : l'element moral ـ ركن الاعتقاد بالزام القاعدة ـ الراي القانوني : l'opinio - juris ـ الشعور القانوني ـ العنصر النفسي : l'element psychologique ـ الاحساس بالضرورة : l'opinio mecessitatis

ونعتقد ان هذه التسميات تأثرت بالعرف في القانون الخاص ، حيث تتفاعل ارادات الأفراد على أساس عام وموضوعي ، فتكون ارادة عامة هي ارادة الأغلبية وهذه الارادة العامة تمتزج بعوامل اجتماعية أخرى كالاحترام وحب التقليد والخوف من التجديد ، وغير ذلك من العوامل النفسية التي سبق الاشارة اليها ، ومن ثم فهذا التفاعل في مجموعه يخلق ضميرا شعبيا عاما ينطوي على ارادة واختيار .

وفضلا عن ذلك فوصفنا لهذا الركن بأنه اعتقاد ، يعبر عن موقف سلبي ، هو نسبة امر ما الى العادة ، ولا يعبر عن هذا الموقف الايجابي المتمثل في خلق القاعدة(٦٥) .

٢ ـ لاحظنا ان بعض الفقهاء يقرنون الركن المعنوي بمبررات العرف .

وعلى هذا الأساس فقد ظهر هذا الركن تحت أوصاف متعددة(٦٦) :

ـ اعتقاد الأفراد ان السلوك الذي يسيرون عليه يطابق العدل والملاءمات الاجتماعيـة .

ـ الاعتقاد بضرورة القاعدة .

ـ الاحساس بالضرورة .

ونعتقد ان أصحاب هذا الاتجاه تأثروا بالاتجاه الموضوعي ، ويبدو ذلك من اظهار هذه المبررات كأوصاف للركن المعنوي .

٣ ـ لاحظنا الخلط بين ركن الالتزام كشرط لقيام العرف ، وبين الالزام الذي هو اثر من آثار القاعدة ، وليس عنصرا من عناصر تكوينها .

ووفقا لهذا الخلط ، فقد اشترط بعض الفقهاء أن يكون العرف ملزما ، ووضع هذا الشرط في الأبحاث المتعلقة بتكوينه(٦٧) .

وغني عن البيان انه يجب عدم الخلط « بين الالزام الذي يفرضه المجتمع ، ويربطه بجزاء مادي خارجي ، والذي هو من خصائص القاعدة القانونية التي اكتملت لها عناصر الوجود ، وبين الشعور بالالزام الذي هو ركن لازم لقيام القاعدة ، والذي هو عنصر معنوي يقوم في نفوس الافراد ، فيلزمون انفسهم بغير ضغط مادي أو نفسي »(٦٨) .

وفي الحقيقة اذا اردنا أن نضع الامور في نصابها ، فعلينا ان نسود المعيار الارادي على صعيد القانون الاداري ، وذلك بسبب الدور الذي تلعبه السلطة الادارية في انشاء العرف ، وفي النهاية ، يجب اعتبار العمل العرفي :

عملا اراديا واداريا ، وذلك حتى يتاح لنا ربطه بالنظرية العامة للعمل الاداري بما يتفرع على ذلك من نتائج وآثار .

وخلاصة الامر ، فاننا نرى ان هذا الركن المنشيء للقاعدة ، هو الارادة الواعية(٦٩) ، وهي ارادة سلطة ادارية تنشيء القاعدة من تلقاء نفسها وتتقيد بأحكامها(٧٠) ، وهذا ما نجد مصداقا له في قرار محكمة القضاء الاداري ، وقد جاء فيه « انه وان كان العرف القانوني هو بمنزلة القاعدة القانونية ، بحيث تعتبر مخالفة هذا العرف مخالفة للقانون ، الا انه يجب أن يكون العرف ثابتا مستقرا ، كأن تكون الادارة قد سارت على سنن معين وباطراد المدة الكافية والتزمت به دائما »(٧١) .

وقولها ايضا « ان تسير الجهة الادارية على نحو معين وسنن معينة في مواجهة حالة معينة ، بحيث تصبح القاعدة التي تلتزمها مختارة بمثابة القانون المكتوب »(٧٢) .

الفرع الثاني

المظاهر المختلفة لتعبير الادارة عن ارادتها في العرف الاداري

عندما تكلمنا عن الركن المعنوي اعتبرنا التزام سلطة ادارية واحدة بالقاعدة التنظيمية هو النموذج العام الذي يمثل الجانب الأعم والاغلب في هذه الظاهرة .

لكننا اذا تعمقنا الأمر وجدنا الصورة اكثر تنوعا وتعددا ، وهذا التنوع — وبالطبع — ينعكس على الارادة التي تنشيء العرف الاداري .

فالصفة الغالبة — كما قلنا — هي وجود سلطة ادارية تنشيء القاعدة من

الناحيــة المادية ، ثم تدفعهــا الى التطبيق على عمالهــا والمنتفعين بخدماتها والمتعاملين معها(٧٣) ، وطبعا فالركن المعنوي يقوم على التزام الادارة بالقاعدة ، وقبول الافراد بذلك .

والى جانب ذلك فاننا نلمح حالات تتعدد فيها السلطة المنشئة للعرف ، كما ان المخاطبين بالقاعدة قد يكونون جهات ادارية وفقا للتمييز الآتي :

ـ حال تنظيم العرف لرابطة بين سلطتين اداريتين متوازيتين ، فالادارة التي تنشيء هذا العرف هي الارادة المشتركة للسلطتين(٧٤) ، يضاف الى ذلك قبول الأفراد أصحاب المصلحة بالقاعدة .

والمثــال على ذلك في العرف الاداري الذي نشــأ في جامعتي القاهــرة والاسكندرية ، والذي اشار اليه حكم المحكمة الادارية العليا بقوله « وعليه فاذا ما صدر العرف الاداري عن مجلس جامعتي الاسكندرية والقاهرة ، فلا تثريب على المجلسين المذكورين ان يلغيا العرف المذكور ، طالما لم يكن المقصود الخروج عليه بالنسبة لحالة فردية »(٧٥) .

واذا كان القانون يقوم بوظيفة التنسيق(٧٦) ، فهو هنا يقوم بهذه الوظيفة ، اي فهو اذن قانون تنسيق .

ـ حال وجود سلطة رئاسية تنشيء القاعدة وتتوجه بها الى سلطات ادارية مرؤوسة ، فهذه السلطات هي المخاطبة بالقاعدة ، وحكمها في ذلك حكم الأفراد العاديين(٧٧) لجهة ضرورة موافقة هذه السلطات على القاعدة .

ولقد ضربنا على ذلك مثلا في العرف الاداري الذي نظم تبليغ اللوائــح التنظيمية الى الجهات الادارية المختصة ، ويدخل في حكم هذه الحال كون الجهة المخاطبــة بالقاعدة ســلطة اداريــة واحــدة ، كمــا في الأعراف التي تنظــم قواعد الاختصاص .

ـ حال تعدد السلطات الادارية ، وهنا لا يمكن الأخذ بنظرية الالتزام الذاتي ، كما في حال وجود سلطة ادارية واحدة ، أو سلطتين ، كما انه لا يمكن الأخذ بنظرية الاتفاق الضمني(٧٨) : tacite ، لان التسليم بذلك يستلزم موافقة كل سلطة ادارية ، وهذا ما يحول دون تحقيق حياة ادارية مشتركة .

ذلك ان الاساس في النظم القانونية ان تكون نظم فرض وخضوع ، وليست

نظم تنسيق او تبادل(٧٩) ، ومن ثم فاذا كان الاخذ بنظرية الالتزام له ما يبرره في حال وجود سلطة ادارية واحدة ، فهذا لا يمكن الاخذ به في حال تعدد السلطات الادارية .

ونعتقد ان حكم هذه الحال كحكم نشوء العرف في القانون الخاص ، او الدولي ، فجميع هذه السلطات تقف على قدم المساواة ، ولا توجد سلطة رئاسية شارعة تلزم جهة اخرى بالقاعدة ، وبذلك فالعمل الشارع الذي ينشيء العرف هو عمل جماعي : acte collectif او عمل متحد : acte union ، ينتج من تفاعل ارادة اغلبية الجهات الادارية ، والموجهة في صيغة تكليف والزام الى الكافة(٨٠) .

والأغلبية المطلوب تحققها هنا هي الاغلبية الساحقة للسلطات الادارية ، إذ قد يستحيل تحقق شرط الاجماع ، وهذا يعني تعذر نشوء اعراف مشتركة على صعيد الحياة الادارية ، اي وقف سير الحياة الادارية .

ونعتقد ان ذلك لا يخل باستقلال السلطة الادارية ، إذ ان هذه السلطة لا تتمتع بمزيد من الاستقلال يفوق تمتع الدولة بسيادتها ، ومع هذا فان نظام سيادة الدولة لم يحل دون نشوء قواعد عرفية دولية على اساس الأغلبية(٨١) .

ونظرية الارادة المتحدة هذه اكثر سعة ومدى من نظرية الاتفاق الضمني ، وهي ذات طابع موضوعي يتسم بالعموم والتجرد ، ويفسر انضمام سلطات ادارية جديدة الى الأعراف القائمة(٨٢) .

وبالعكس فان نظرية الاتفاق الضمني تحول دون انضمام سلطات جديدة الى الأعراف القائمة .

بقي ان نحدد شكل تعبير الادارة عن ارادتها ، وهل ان هذه الارادة صريحة ام ضمنية .

لقد طرح هذا الموضوع على صعيد القانون الخاص والدولي ، وكان مثار خلاف وجدل، وهكذا فقد رأينا من يعتقد ان العرف « ينشأ من الارادة الجماعية الواعية المتجهة بصراحة الى تحويل الاعتياد الى قاعدة قانونية »(٨٣) .

ولكن اغلبية الفقهاء يرون ان العرف تعبير ارادي آمر تصدره الجماعة الى الأفراد بصورة ضمنية(٨٤) .

وهذه الارادة تفهم من انضمام بعض الجهات الادارية الى القاعدة العرفية القائمة(٨٥) .

والارادة الضمنية موقف سلبي ، يكتفى فيها بعدم استبعاد حكم العادة(٨٦)

ونعتقد ان العرف الاداري لا يختلف في هذا الموضوع عن اعراف القانون الخاص اذا ما اقتصر الأمر على تكرار الادارة لسلوكها ، دون أن يكون لها موقف آخر خارج نظام السوابق ، ومن ثم فلا يمكن تفسير هذا السلوك إلا بوجود ارادة ضمنية للادارة .

ولكن ما هو دور الأفراد في انشاء القاعدة ، وهل يدخل هذا الدور في تكوين القاعدة ، أم يقتصر على سريانها عليهم .

هذا هو موضوع بحثنا الآتي :

أولا ـ طبيعة موافقة الافراد على العرف الاداري :

لاشك ان هذه الموافقة امر يدخل في تكوين العرف ونشوئه ، ويرتبط بالركن المعنوي ، وليس بسريان العرف(٨٧) ، والفرق واضح بين اعتبار الموافقة شرطا لنشوء العرف ، أو اعتبارها امرا يتعلق بانطباقه ، ففي الحال الاولى يقتضي توفر اغلبية تفوق الأغلبية المطلوبة في الحال الثانية .

ثم ان هنالك نقطة أخرى جديرة بالبحث ، وهي معرفة ما اذا كانت هذه الموافقة ضرورية في كافة الاعراف ، أم لا .

الجواب ـ ولاشك ـ واضح بالنسبة لأعمال الادارة العقدية ، او القرارات الادارية التي تحتاج في صدورها الى موافقة الافراد السابقة أو اللاحقة « قرارات التوظيف او التجنس أو قرارات الترخيص مثلا » ، ولكن السؤال يطرح في حال بعض الأعمال التي تصدر دون موافقة الأفراد ، مثل الأوامر الادارية « وأعمال الادارة الاجرائية » .

قبل الاجابة على ذلك لابد من الاشارة الى ان ولاية الادارة في اصدار هذه الأعمال ، لا يعني امتدادها الى انشاء القاعدة العرفية ، دون موافقة الافراد ، اذ الفرق واضح بين ولاية اصدار العمل الاداري ، وبين ولاية اصدار القاعدة التنظيمية(٨٨) ، الملزمة ، لان الاولى تتعلق بحالات خاصة وبستنفد مضمونها

بالتطبيق ، اما الحال الثانية فتنشيء قواعد عامه ، وتطبق على كافة الافراد في المستقبل ، حتى على الذين لم يوافقوا على القاعدة .

ولاشك ان اعطاء الادارة ولاية انشاء القاعدة الادارية العرفية يتعارض مع اي تنظيم دستوري قائم على الفصل بين السلطات ، واناطة وظيفة التشريع بمجلس الشعب .

وعلى هذا فقبول الافراد ضروري في كافة انواع اعمال الادارة بما في ذلك الأوامر ، منوهين بأن الاكراه الذي تتميز به هذه الاعمال لا علاقة له بالقاعدة الناشئة من تكرار هذه الأعمال ، اذ انه يبقى للأفراد المستهدفين بهذه الأوامر ان يعترضوا على نشوء القاعدة بكافة الوسائل الممكنة(٨٩) .

اما اذا لم يصدر عن الأفراد اي احتجاج أو رفض اداري او قضائي ، فهذا يعني ان الافراد قبلوا ضمنا بالقاعدة(٩٠) .

والقبول هنا سلبي ، وبذلك تتوحد طبيعة العرف الاداري رغم التفاوت الكبير لدور الأفراد في هذه الاعمال ، وهذا التوحد أمر تفرضه القاعدة العرفية باعتبارها ذات طبيعة مستقلة عن الأعمال الادارية الداخلة في تكوينها .

واستنادا الى ما تقدم ، فلا يمكن القول ان الافراد يشتركون على قدم المساواة في انشاء الأعراف المتكررة عن العقود ، بينما ينعدم هذا الدور بالنسبة للأعراف الناشئة من تكرار الأوامر ، اذ التسليم بذلك يعني القول بوجود طبيعتين لظاهرة واحدة موحدة الصفات والخصائص .

وهذه الطبيعة الموحدة للعرف الاداري تقترن بسمة اخرى ، هي اتفاق العرف الاداري مع الظاهرة العامة للعرف لجهة اندماج منشئي القاعدة بالمخاطبين بأحكامها ، وعدم انفراد العرف الاداري بأحكام مميزة وخصائص تخرج على السمات العامة للعرف .

ذلك ان السلطة التشريعية بيد الدولة ، والدولة تفوض هذه السلطة لمجلس الشعب أو قد تترك الأمر الى الأفراد ـ اصحاب المصلحة ـ الذين تمسهم القاعدة وتنطبق عليهم(٩١) ، انطلاقا من المبدا القانوني القائل : حيثما تكمن المسؤولية تكمن السلطة .

وبصورة أوضح، فالسلطة تعطى لكل ذي مصلحة للدفاع عن مصلحته(٩٢)، ولا يمكن اعطاؤها للادارة منفردة ، فيختل التوازن لصالح الأخيرة .

واننا نجد هذا المبدا القانوني في قول الرسول الكريم : « لكل ذي مصلحة مقال » .

ونعتقد ان ضرورة الموافقة يفسر الطبيعة الخاصة للعرف الاداري التي تجمع بين امتيازات السلطة العامة ، وبين الخصائص العامة للظاهرة العرفية .

فالسلطة تأمر ، وتنفذ اوامرها على الافراد ، لكن ذلك لا يحول دون موافقتهم . ومن جهة اخرى فاشتراط قبول الأفراد لا يحول دون اضطلاع الادارة بمسؤوليتها وامتيازاتها سواء من حيث اصدار الاوامر الفردية ، او لجهة قدرتها على الغاء العرف الاداري .

واستنادا الى ما تقدم فقد قلنا ان العرف قانون سلطة : law of power وقانون تبادل : Reciprocity ، وقانون تنسيق : coordination ، ونقصد من ذلك انه في مضمونه يحقق الامر والتنسيق والتبادل دون ان يلغي موافقةالافراد.

ولكن السؤال لايزال مطروحا ، وهو ما اذا كان العمل العرفي يعتبر ـ رغم موافقة الأفراد ـ منسوبا الى ارادة الادارة ، ام انه شرط توقيفي لنشوء العرف.

وفي الحقيقة لا يمكن اعتبار هذه الموافقة اشتراكا في الانشاء ، وانما شرط توقيفي لذلك ، ومن ثم فالعمل العرفي هو عمل اداري يتوقف نشوؤه على موافقة الأفراد .

والعرف الاداري في هذه الناحية شبيه بالقرارات الادارية الفردية التي تصدرها الادارة ، فقد يتوقف صدور بعض هذه القرارات على موافقة الأفراد ، ومع هذا يبقى منسوبا الى ارادة الادارة .

وفي نظرنا ان هذا التكييف يفسر لنا اجماع فقهاء القانون ـ كما سنوضح ـ على تمكن الادارة من الغاء العرف الاداري بارادتها المنفردة ، والعكس بالنسبة للأفراد .

وهذا التفسير يوضح لنا تعاون الادارة مع الأفراد على صعيد المرفق العام

دون ان يتعـدى ذلـك الى مسـاواة هؤلاء مـع الادارة في انشـاء القاعـدة التنظيمية(٩٢) .

كما ان ذلك يفسر لنا نشوء العرف الاداري في اطار امتيازات السلطة العامة بما تعني هذه الكلمة من الموازنة الدقيقة بين المصلحة العامة والخاصة .

ويمكن القول انه في العرف الاداري تتداخل روابط القانون العام مـع روابط القانون الخاص(٩٤) ، اذ لا يمكننا اطلاق يد الادارة بحيث تتحول الى سلطة آمرة تنشيء القواعد التنظيمية(٩٥) ، بما يتفرع على ذلك من نتائج خطيرة ، وفي نفس الوقت الذي يتحقق فيه رضا الأفراد ، فهذا الأمر لا يصل الى درجة المساواة مع الادارة ، وانما يتم التوازن بين المصلحة العامة والخاصة باعطاء الادارة سلطة انشاء العرف على ان يكون ذلك مشروطا بموافقة الأفراد .

ثانيا ـ تاثير قبول الأفراد على خصائص القاعدة الادارية العرفية :

ونعتقد ان قبول الأفراد للقاعدة الادارية العرفية ، يطبع كافة خصائص هذه القاعدة بطابعه ويسمها بميسمه .

واولى هذه الخصائص ان العرف الاداري ـ كصيغة للتعاون بين الادارة والأفراد(٩٦) ـ يعبر تعبيرا حقيقيا عن مصالح الافراد وحقوقهم .

ذلك انه اذا كانت المصلحة تكمن وراء الراي والارادة ، فصيغة العرف تجسد مصالح هؤلاء الذين قبلوا بالقاعدة لتحكم امرهم وسلوكهم(٩٧) .

وهذه الصيغة تحقق العدالة لانه لا يمكن للانسان أن يسعى الا لتحقيق مصلحته والعدالة لنفسه ، لاسيما ان العرف يقوم على اغلبية ساحقة ، وقديما ردد ارسطو كلمته المشهورة : من قال عقدا فقد قال عدلا(٩٨) .

ومن خلال العرف الاداري يظهر الافراد كمنشئين للقاعدة وخاضعين لآثارها ، وهذا الأمر من اظهر معالم الديموقراطية المباشرة(٩٩) ، أو كما عبر عن ذلك احد الفقهاء بقوله : ان العرف يعبر عن سيادة الروح الحرة : the predominant of the liberal spirit (١٠٠) .

ذلك ان المجتمع يتالف من كتلة من المصالح المتنافسة ، والقانون يجب أن

يكون وسيطا بين المطالب والحاجات المتنافسة في المجتمع ، ولكي يكون ذلك لابد أن يوضع من قبل ممثلي هذه الفئات والمصالح المختلفة .

وفضلا عن ذلك فالعرف الاداري ـ مثله مثل أية قاعدة عرفية ـ هو اكثر المصادر تعبيرا عن الواقع واتفاقا معه(١٠١) ، فهو يتكون تدريجيا ، ويأتي في صورة الحل الأفضل لمشكلة تمس مصالح الافراد ، وتطبيقه الاختياري يدل على انه صالح ومناسب ومحقق التوازن(١٠٢) .

والأمر على خلافه بالنسبة للتشريع الذي هو نتاج النظر والتفكير ، دون الاعتداد احيانا بالواقع(١٠٣) ، وفي هذا الصدد اجرى بعض الفقهاء مقارنة بين العرف والتشريع بقوله « اذا كانت النصوص تفكر فالواقع هو الذي يدبر ، وما ابعد المسافة بين فكر النصوص وتدبير الحياة »(١٠٤) .

والفرق واضح بين السلوك المؤسس على الشعور الوجداني والذاتي ، وبين السلوك القائم على الجبر والالزام ، اذ ان العمل الناتج من الارادة يضيف الى القوة المجردة حيوية التعهد الذاتي(١٠٥) .

واخيرا فالقاعدة الادارية العرفية تتسم بالمرونة ، مثلها في ذلك مثل اية قاعدة عرفية ، لا بل انها تتجاوز بقية القواعد العرفية بقدرتها على تلبية حاجات التطور في المرفق العام ، كل ذلك بسبب قيام العرف الاداري على ارادة الادارة.

وتفسير ذلك ان العرف في القانون الخاص يلغى عند تولد رأي عام آخر ومضاد ، وهذه مرونة نسبية اذا قيست بقدرة الادارة على الغاء العرف حتى من خلال عمل فردي واحد ، اذا استلزم ذلك تغير الظروف وتحقيق مصلحة العمل ، وكما سنوضح ذلك مستقبلا .

ولا عجب فارادة الادارة ، ان لم تكن شرطا كافيا لقيام العرف ، الا انها شرط لازم ، وتخلف هذا الشرط يهدد بقاء العرف الاداري من خلال عمل اداري فردي .

الفـرع الثالث

دور الركن المعنوي في تحديد طبيعة العرف الاداري وقوته القانونية

يرى أحد الفقهاء « ان الركن المادي هو مباشرة سلطات الحق من قبل صاحبه ، واحترام هذا الحق من ناحية الآخرين ، أما الركن المعنوي ، فهو القاعدة القانونية التي تحدد سلطات الحق وتفرض احترامه »(١٠٦) .

وهكذا يتضح الدور الذي يلعبه الركن المعنوي في حياة العرف ، الأمر الذي حدا الفقيه المذكور لاعتباره مرادفا للقاعدة القانونية .

ولقد تعرضنا سابقا الى دور الركن المذكور في تحديد خصائص القاعدة العرفية ، وسنتعرض هنا الى دوره في تحديد طبيعة هذه الظاهرة وقوتها القانونية .

أولا ـ دور الركن المعنوي في تحديد القيمة القانونية للعرف الاداري :

لو افترضنا جدلا ان لدينا عرفين اداريين أحدهما مفسرا والآخر مكملا ، فما هي القيمة القانونية لكل منهما ، وهل يسمو أحدهما على الآخر في مدارج التدرج القانوني .

نعتقد ان الجواب بالنفي ، لان العرف الاداري المفسر يستمد قوته من ارادة الادارة ، ومن ثم تتحدد قيمته القانونية تبعا لارادة العضو الاداري الذي انشاه ، وهو الأمر الذي ينطبق على العرف الاداري المكمل .

والواقع ان دور الارادة واضح في النشاط الاداري ، فهذا النشاط هو ثمرة الخيار ، وقلما نجد عملا من اعمال الادارة لا ينطوي على قدر من الاستحداث ، اللهم الا في العمليات الآلية التي يعهد بها في يوم من الأيام الى الآلات(١٠٧) .

واذا كانت الادارة تصل الى قمة الاختيار في ممارسة السلطة التقديرية ، فالنشاط التفسيري ينطوي أيضا على قدر من الابتداع ، فهو بازالة الغموض يتضمن حرية في الأسلوب ، اي حرية في اختيار العبارة الدالة على المعنى(١٠٨) ، وباختصار فهو ينطوي على عنصر تقريري وآخر انشائي(١٠٩) .

والقول بغير ذلك يضعنا امام طبيعتين للأعراف الادارية : أعراف تستمد قوتها من النص ، وأخرى من ارادة الادارة ، وهذا أمر يرفضه المنطق والواقع القانوني .

وطبعا فان رد جميع انواع العرف الاداري الى ارادة الادارة يعني تحديد طبيعة موحدة لهذه الظاهرة القانونية ، وهو الأمر الذي يساعدنا على تنسيق مختلف مظاهرها بحيث تخضع الى قواعد واحدة لجهة الغائها وتدرجها وسريانها وتكوينها ، وغير ذلك من الاحكام(١١٠) .

ثانيا ـ دور الركن المعنوي في تحديد طبيعة العرف الاداري :

في تعريفنا بالعرف الاداري تعرضنا الى عناصر هذه الظاهرة ، ثم اردفنا ذلك بدراسة مفصلة لهذه العناصر .

ونعتقد ان دراسة الجزئيات يجب ان تستكمل بدراسة كلية وجامعة للطبيعة العامة لهذه الظاهرة ، بحيث نقصد من هذا البحث الجواب على السؤال الآتي :

ما هو العرف الاداري .

لاشك اننا في الابحاث السابقة ساهمنا في تحديد طبيعة العرف الاداري بطريقة النفي ، اذ كنا قد استبعدنا ان يكون عملا قضائيا ، وان يكون للقضاء اي دور في انشائه ، كما استبعدنا ان يكون تشريعا ضمنيا ، واخيرا فان تشابهه مع اللائحة من حيث مضمونه « انشاء قاعدة تنظيمية » ، وتعبيره عن الارادة المنفردة ، للادارة ، هذا التشابه لا يجعله شكلا من اشكال اللائحة « لائحة فعلية : reglement virtuel » كما سبق توضيحه .

ويرى بعض الفقهاء ان الاعمال الادارية لا تخرج عن كونها احدى المجموعات الثلاث : الاعمال المادية ـ القرارات الادارية ـ العقود الادارية(١١١) .

والواقع ان هذه الظاهرة احدى اعمال الادارة التي يجب ان تضاف الى المجموعات السالفة الذكر ، وهي بهذا الوصف صيغة خاصة من صيغ التعبير عن ارادة الدولة ، وان هذه الصيغة لها سماتها الخاصة : Sui - generis ولا يمكن ان تنسب او تقاس باية صيغة اخرى من صيغ التعبير عن ارادة الدولة(١١٢) .

فالعرف الاداري يقوم على خصائص ذاتية مثل نشوئه عن طريق تكرار الأعمال الفردية وتعبيره عن الارادة المنفردة للادارة مع توقف هذا التعبير على قبول الأفراد له .

ولذلك فان تكييف العرف الاداري يجب ان ينطلق من جماع هذه العناصر ، سواء فيما يتعلق بتحديد طبيعته ، أو بالآثار المترتبة على هذه الطبيعة ، وان كان العنصر الحاسم في تحديد هذه الطبيعة هو ارادة الادارة .

ونعتقد ان خير تحديد نطلقه على هذه الظاهرة هو انها عمل اداري عرفي . مما يتيح لنا ربطه بالنظرية العامة للعمل الاداري ، بما يتفرع على ذلك من نتائج واثار قانونية .

وهذا التكييف ـ ولاشك ـ ينطلق من المعيار العضوي او الشكلي : formelle ، على اعتبار ان تحديد العمل القانوني وتعيين مرتبته ، انما يتم على اساس الجهة التي انشأته(١١٣) .

ويترتب على قولنا ان العرف الاداري عملا اداريا خضوعه للقانون وامكان الطعن فيه ومنازعته واثبات خطئه وعدم شرعيته(١١٤) .

كذلك فالجانب الموضوعي او المادي يطبع العرف الاداري ببعض خصائصه، من ذلك الحق في تفسيره من قبل المحاكم ، وصلاحه اساسا للقرارات الادارية والاحكام القضائية ، وحق المحاكم بتقدير مشروعيته(١١٥) .

واستنادا الى هذه الطبيعة الموضوعية للعرف الاداري فان عبارة « الانظمة » أو « القواعد التنظيمية » التي تتردد على السنة الفقهاء او في بعض النصوص القانونية ، او الاحكام القضائية(١١٦) ، هذه العبارة قد تشمل العرف الاداري ، ونفس الشيء بالنسبة لعبارة الأعمال الادارية ، واذا ما اعملنا المعيار العضوي في تفسير الظاهرة المذكورة .

وعلى ضوء الملاحظة السابقة ، فان تدوين العرف او تجميعه لا يغير شيئا في هذه الطبيعة ، وتبقى القواعد المدونة قواعد عرفية(١١٧) .

ولا حاجة للتدليل بأن هذه الظاهرة المستقلة في خصائصها والمنفردة في تكوينها ونشأتها، يجب ان ينظر اليها وتعامل على اساس هذه الخصائص المميزة، لا ان تخضع الى أوصاف واسقاطات الظواهر القانونية الاخرى .

ولقد تعرضنا سابقا الى بعض هذه الاسقاطات مثل وصف العرف الاداري بانه لائحة فعلية ، أو التعريف به تعريفا مستعارا من التعريف بالعرف في القانون الخاص .

ونفس الشيء بالنسبة لقولنا ان العرف « يصدر عن الجهة الادارية »(١١٨)، فهذا التعبير لا يعبر عن النشأة البطيئة للعرف ولا يظهر دور الافراد ، وهو وصف مستعار من خصائص القرار الاداري المتميزة عن خصائص العرف الاداري.

الهـوامش

١ ـ د. بكر القباني : العرف كمصدر للقانون الاداري ، ص٣٤

٢ ـ المحكمة الادارية العليا في مصر : ١٢ ديسمبر ١٩٥٩ ، المجموعة السنة الخامسة ، مبدأ رقم ٩ ، حكم رقم ١٥ ، ص١٠٦

٣ ـ د. سليمان مرقس : المدخل للعلوم القانونية ، ص٤١٥ ـ د. سمير محمد تناغو : النظرية العامة للقانون ، ص٤٥٧ ـ د. عبد المنعم البدراوي : المدخل للعلوم القانونية ، ص٤١٤

٤ ـ د. عبد المنعم البدراوي : المدخل للعلوم القانونية ، ص٣٩٧

٥ ـ د. بكر القباني : العرف كمصدر للقانون الاداري ، ص٣٧ ـ د. حسن كيره : المدخل الى القانون ، ص٣٥٠

٦ ـ د. سمير محمد تناغو : النظرية العامة للقانون ، ص٤٥٠

Valette : Du rôle de la Coutume, op, cit; P. 102

٧ ـ Ripert : les forces créatrices du droit, op, cit; P. 114

٨ ـ B. Jeneaux : les principes generaux, op, cit; P. 238

٩ ـ د. عبد الرزاق السنهوري : الوجيز في القانون المدني ، القاهرة ، دار النهضة العربية ، ج١ ، ص٤٠ ـ د. محمد عصفور : النظرية العامة للضبط الاداري ، ص١٤٩ ـ وقد حدد الفقيهان المذكوران النظام العام بانه « وليد المعتقدات الموروثة ، وما جرى عليه العرف العام وتواضع عليه الناس » .

١٠ ـ د. بكر القباني : العرف كمصدر للقانون الاداري ، ص٢٨

١١ ـ Geny : Methodes d'interpretation, op, cit; P. 316 et 432

١٢ ـ مجموعة هذه المحكمة السنة ١١ ، حكم رقم ٢١٦ ، ص٤٠٦

١٣ ـ حكم المحكمة المذكورة رقم ٤٠٩ ، اساس مدني ٩٩٩ تاريخ : ١٩٧٥/٥/١٠ ، منشور في مجلة المحامين عدد ٦ لعام ١٩٧٥

١٤ ـ د. منير العجلاني : الحقوق الدستورية ، دمشق ، مطبعة الجامعة السورية ، ١٩٥٥ ، ص٣٢

١٥ - Buttgembach : Manuel du droit adm (Theorie - generale), 3 ed Bruxelles, 1966; P. 42

١٦ - Geny : Mithodes d'interpretation, op, cit; P. 233
Buttgenbach : Manuel du droit adm, op, cit; P. 41

١٧ - Geny : Mithodes d'interpretation, op, cit; P. 330

١٨ ـ د. عبد المنعم البدراوي : مبادىء القانون ، القاهرة ، ١٩٧٢ ، دار النهضة العربية ، ص٢١٨

١٩ - Geny : Methodes d'interpretation, op, cit; P. 337

٢٠ - Geny : Methodes d'interpretation, op, cit; P. 337

٢١ ـ د. سمير محد تناغو : النظرية العامة للقانون ، ص٤٦٦

٢٢ - Geny : Methodes d'interpretation, op, cit; P. 100

وانظر عكس ذلك دابان : النظرية العامة للقانون ، ص١١٨ ، فهو يرى ان التشريع يستطيع ان ينظم مصادر القانون دون ان يؤخذ عليه انه يفصل في الضية تخرج عن اختصاصه لتدخل في خصائص العلم .

٢٣ ـ د. بكر القباني : العرف كمصدر للقانون الاداري ، ص٦٠ وانظر :
Lefebevre : la coutume comme source du droit, P. 82

٢٤ ـ د. سمير محمد تناغو : النظرية العامة للقانون ، ص٤٦٩

٢٥ ـ د. بكر القباني : العرف كمصدر للقانون الاداري ، ص٣٦

٢٦ ـ د. حامد سلطان : القانون الدولي في وقت السلم ، ص٢٠

٢٧ - Dabin : Théorie générale du droit, op, cit; P. 12

٢٨ - Geny : Methodes d'interpretation, op, cit; P. 374

٢٩ـ د. عبد الحي حجازي : المدخل لدراسة العلوم القانونية ، ص٤٥٠ ، وقد عرض لراي هذا الاتجاه .

٣٠ ـ د. بكر القباني : العرف كمصدر للقانون الاداري ، ص١٩

٣١ ـ د. سمير محمد تناغو : النظرية العامة للقانون ، ص٤٥٨ وما بعدها .

٣٢ ـ د. سمير تناغو : النظرية العامة للقانون ، ص٤٥٨ وما بعدها .

٣٣ ـ د. بكر القباني : العرف كمصدر للقانون الاداري ، ص٦٧

٣٤ - Geny : Methodes d'interpretation, op, cit; P. 325 etS

٣٥ - Lambert : La fonction du droit Civil compiere, Paris, 1903 Tom 1, P. 135 et S

٣٦ - Lefebvre : La Coutume comme source du droit, P. 65

٣٧ - د. حسن كيره : المدخل الى القانون ، ص٢٧٢ وانظر :

Geny : Methodes d'interpretation, P. 332

وهو يرى أن استقرار القضاء ينشيء نوعا من العرف :

une sorte de droit Coutumiêre

٣٩ - د. حسن كيره : المدخل الى القانون ، ص٢٤٤

٤٠ - د. بكر القباني : العرف كمصدر للقانون الاداري ، ص٦٨

٤١ - Valette : Du rôle de la coutume, op, cit; P. 15

٤٢ - د. قدري عبد الفتاح الشهاوي : جرائم السلطة الشرطية ، القاهرة ، مكتبة النهضة المصرية ، ١٩٧٧ ، ص٩٠ ، وقد اطلق على الاعمال التي تمارس بها السلطة القضائية نشاطها الاداري ، اطلق على ذلك تسمية القرارات الادارية القضائية .

٤٣ - Reglade : La Coutume en droit public interne, op, cit; P. 20 etS

٤٤ - د. سمير محمد تناغو : النظرية العامة للقانون ، ص٦٤ ، وانظر :

Geny : Methodes d'interpretation, Tom, 1, P. 344

٤٥ - د. سمير محمد تناغو : النظرية العامة للقانون ، ص٦٤

٤٦ - Dabin : Théorie générale du droit, op, cit; P. 20

٤٧ - Geny : Methodes d'interpretation, op, cit; P. 363

٤٨ - د. بكر القباني : العرف كمصدر للقانون الاداري ، ص٣٤

٤٩ - Geny : Methodes d'interpretation, op, cit; P. 244

٥٠ - Dabin : Théorie générale du droit, op, cit; P. 20

٥١ - د. عبد الرزاق السنهوري ، الوجيز في شرح القانون المدني ، ١٩٦٦ ، دار النهضة العربية ، ص٥٢٥

٥٢ - د. سمير محمد تناغو : النظرية العامة للقانون ، ص٦٦

٥٣ – Geny : Methodes d'interpretation, P. 354

٥٤ – د. محمد كامل ليله : مبادىء القانون الاداري ، ص١١٦ و ١١٧

٥٥ – د. بكر القباني : العرف كمصدر للقانون الاداري ، ص٢٩

٥٦ – د. محمد كامل ليله : مبادىء القانون الاداري ، ص٤٢٧

٥٧ – محكمة القضاء الاداري في مصر : ٢٢ يونيه ١٩٥٧ ، المجموعة ، السنة ١١ ، حكم رقم ٣١٦ ، ص٤٠٦

٥٨ – حكمها الصادر في ٢٢ يونيه ١٩٥٧ ، المجموعة السنة ١١ ، حكم رقم ٣١٦ ، ص٤٩٦

٥٩ – د. سمير محمد تناغو : النظرية العامة للقانون ، ص٤٢٤ وما بعدها .

٦٠ – د. بكر القباني : العرف كمصدر للقانون الاداري ، ص٢٩ – د. ابراهيم عبد العزيز شيحا : مبادىء واحكام القانون الاداري اللبناني ، ص٥٦ – محكمة القضاء الاداري في مصر : ٢٢ يونيه ١٩٥٧ ، السنة ١١ ، حكم رقم ٣١٦ ، ص٤٠٦

٦١ – د. سمير محمد تناغو : النظرية العامة للقانون ، ص٤٣٠

٦٢ – Lambert : La fonction du droit Civil comparè, Tom, I Paris, 1903; P. 162

٦٣ – Lebrunt ; La coutume, ses sources; op, cit; No 223

٦٤ – د. سليمان مرقس : المدخل للعلوم القانونية ، ص٢٣٤

٦٥ – د. عادل سيد فهيم : القوة التنفيذية للقرار الاداري ، ص٥٠

٦٦ – د. عبد الرزاق السنهوري ، و د. احمد حشمت ابو ستيت : اصول القوانين ، ص٨٥ – د. وايت ابراهيم : التقاليد ، مجلة القانون والاقتصاد ، ص٣٦٧ – د. نعمان خليل جمعة : المدخل العلوم القانونية ، ص١٨٥ ، وانظر :
Geny : Methodes d'interpretation, P. 345

٦٧ – د. عدنان القوتلي : الوجيز في الحقوق المدنية ، ص٤٣٥

٦٨ – د. نعمان خليل جمعة : المدخل للعلوم القانونية ، ص١٨١

٦٩ – د. سامي عبد الحميد : القاعدة الدولية ، ص٢٠٤ وما بعدها ، وهو يرى ان العنصر المعنوي هو ارادة الجماعة الواعية المتجهة بطريقة معلنة الى تحويل الاعتياد الى قاعدة قانونية – د. سمير تناغو : النظرية العامة للقانون ، ص٤٣١ ، وهو يرى ان الركن المعنوي هو تصرف ارادي فردي وجماعي .

٧٠ ـ د. عادل سيد فهيم : القوة التنفيذية للقرار الاداري ، ص٤٢ ، فهو يرى ان خاصية التقييد الثنائي لكل من الادارة والافراد هي التي تميز العمل الاداري .

٧١ ـ الحكم رقم ٨٦٧ ، مجموعة السنة السابعة ، جلسة : ٢٤ يونيه ١٩٥٣ ، ص١٧٨١

٧٢ ـ الحكم رقم ٣١٦ ، جلسة : ٢٢ يونيه ١٩٥٧ ، المجموعة السنة ١١ ، ص٤٩٦

٧٣ ـ د. بكر القباني : العرف كمصدر للقانون الاداري ، ص٢٨

٧٤ ـ د. بكر القباني : العرف كمصدر للقانون الاداري ، ص٢٨

٧٥ ـ مجموعة هذه المحكمة في عشر سنوات ، ق١ ٢ ، ص١١٥

٧٦ ـ د. حامد سلطان : القانون الدولي في وقت السلم ، ص٤٨ وما بعدها .

٧٧ ـ د. حسن كيره : المدخل الى القانون ، ص٢٦٠ ـ د. سامي عبد الحميد : القاعدة الدولية ، ص٣٠٦

٧٨ ـ Geny : Methodes d'interpretation, op, cit; P. 363

٧٩ ـ د. سامي عبد الحميد : اصول القانون الدولي ـ القاعدة الدولية ، ص١٤٤ ، ج١ ، ط٢ ، ١٩٧٤

٨٠ ـ د. سامي عبد الحميد : اصول القانون الدولي ـ القاعدة الدولية ، ص٣٠٦ ـ د. سمير تناغو : النظرية العامة للقانون ، ص٤٢١ ، وهو يرى ان الركن المعنوي هو تصرف فردي وجماعي .

٨١ ـ د. حامد سلطان : القانون الدولي في وقت السلم : وقد تكلم عن نشوء اعراف دولية من موافقة اغلبية الدول دون الاجماع .

٨٢ ـ د. سامي عبد الحميد : اصول القانون الدولي ـ القاعدة الدولية ، ص٣٠

٨٣ ـ د. سمير محمد تناغو : النظرية العامة للقانون ، ص٣٠٦ و ٣٠٨ و ٤٦٥

٨٤ ـ د. سامي عبد الحميد : اصول القانون الدولي ـ القاعدة الدولية ، ص٣٠٥ ـ محمود حلمي : القضاء الاداري ، ط١ ، ١٩٧٤ ، دار الفكر العربي ، ص٢٥ ، وهو يرى ان العرف ينشا منقرارضمني صادر عن الادارة .

٨٥ ـ د. حامد سلطان : القانون الدولي في وقت السلم ، ص٤١ و ٤٩٥ و ٦٤ ، حيث فسر انضمام الدولة الى العرف بمثابة قبول ضمني منها له .

٨٦ ـ نعمان خليل جمعة : النظرية العامة للقانون ، ص١٨ ـ د. سليمان مرقس : المدخل للعلوم القانونية ، ص٢٩٧ ، وقد عرف الارادة الضمنية بانها التي لم يتم التعبير عنها بالفاظ صريحة ، وانما تستخلص من سلوك صاحبها .

٨٧ ـ مقال جيروم كوتسونس بعنوان العادة في القانون الكنسي ، ص٧٣ ـ وقد استلزم موافقة الافراد وفئة رجال الدين على العرف الكنسي ـ د. رمزي الشاعر : النظم السياسية والقانون الدستوري ، وهو يرى ضرورة موافقة مجموع الافراد او الجماعة على العرف الدستوري ـ د. بكر القباني : العرف كمصدر للقانون الاداري ، ص٢٨ ، وقد استلزم صدور العرف عن جهة الادارة ، كما استلزم موافقة الافراد او الجهات الادارية المخاطبة بالقاعدة العرفية ، او التي تمسها القاعدة بشكل من الاشكال .

٨٨ ـ Stassinopoulos : Traité des actes adm, op, cit; P. 63

٨٩ ـ د. بكر القباني : العرف كمصدر للقانون الاداري ، ص٢٨

٩٠ ـ د. نعمان خليل جمعة : النظرية العامة للقانون ، ص١٨١

٩١ ـ د. بكر القباني : العرف كمصدر للقانون الاداري ، ص٢٨ ـ د. محمد كامل ليله : مبادىء القانون الاداري ، ص٤٢٧ ، وكتابه الرقابة على اعمال الادارة ، ١٩٦٧ـ١٩٦٨ ، الكتاب الثاني ، دار النهضة العربية ، ص٤٠ ـ د. رمزي الشاعر : النظم السياسية والقانون الدستوري ، ص١٨٥

٩٢ ـ د. محمد الرميحي : مقال بعنوان : القانون والمجتمع ، مجلة العربي ، الكويت ، شباط ، فبراير ، ١٩٨٣ ، ص١٤

٩٣ ـ د. نعيم عطيه : النظرية العامة للحريات الفردية ، ١٩٦٣ـ١٩٦٤ ، مطبعة الجبلاوي ، القاهرة ، ص٥٤ ، وقد فسر مضمون رضا الافراد في القاعدة الدستورية ، بانه مجرد موقف ستاتيكي ومحافظ ، والعكس بالنسبة لدور السلطة ، فهذه السلطة تتمتع بقوة ديناميكية تملك من خلالها زمام المبادأة وتقود حياة القاعدة نحو النضج والتكامل والانقضاء .

٩٤ ـ د. سليمان الطماوي : الوجيز في القضاء الاداري ـ قضاء التفويض ، ص٦١ ، وهو يرى ان القانون الاداري هو همزة الوصل بين القانون العام والخاص ففيه يلتقي الفرعان فيكونان جدولا فيه خصائصهما جميعا .

٩٥ ـ د. محمد عصفور : مذاهب المحكمة الادارية العليا ، ص٣٢٧ ، والفقيه المذكور يرى ان سلطة وضع القواعد السلوكية هي سلطة حكم .

٩٦ ـ د. مصطفى البارودي : الحقوق الدستورية ، دمشق ١٩٥٩ ـ ١٩٦٠ ، مطبعة جامعة دمشق ، ج٢ ، ص١٨٢ ، وهو يرى ان العرف اداة فنية لتنظيم العلاقة مع الافراد ، وهو يدل على ادارة حسنة ، ويخلق علاقات مستقرة .

٩٧ ـ د. عبد الحي حجازي : المدخل لدراسة العلوم القانونية ، ص٤٧٢

٩٨ ـ Dabin : Theorie generale du droit, op, cit; P. 292

٩٩ ـ د. سامي عبد الحميد : اصول القانون الدولي ـ القاعدة الدولية ، ص١١٤ ـ د. عبد الحميد حجازي : المدخل لدراسة العلوم القانونية ، ص٤٤٤ ـ د. ثروت بدوي : النظام الدستوري العربي ، ص٨٤ ـ د. محسن خليل : النظم السياسية والقانون الدستوري ، منشاة المعارف الاسكندرية ، ص٦٩

١٠٠ ـ مقال جيروم كوتسونس : العادة والعرف في القانون الكنسي ، ص٦٧

١٠١ ـ د. نعمان خليل جمعة : النظرية العامة للقانون ، ص١٧٠ ـ د. سمير تناغو : النظرية العامة للقانون ، ص٤٦٣ ، وقد استعار عبارة ارسطو القائلة : ان القوانين المطبوعة في عادات الشعوب لها القوة الاكثر من القوانين المكتوبة .

١٠٢ ـ د. بكر القباني : العرف كمصدر للقانون الاداري ، ص٤٦ ، فهو يرى ان العرف يمثل الصورة المثلى والرشيدة بوصفه نتاجا قانونيا تلقائيا .

١٠٣ ـ د. بكر القباني : العرف كمصدر للقانون الاداري ، ص٤٠ ، وقد وصف التشريع بالتحكم وعدم الابصار .

١٠٤ ـ د. منير العجلاني: الحقوق الدستورية، دمشق١٩٥٥، مطبعة الجامعةالسورية،ص١٧

١٠٥ ـ د. نعيم عطية : النظرية العامة للحرية ، ص١٢٥ ـ برتراندرسل : حكمة الغرب ـ الفلسفة الحديثة المعاصرة ، ترجمة د. فؤاد زكريا ، عالم المعرفة ، مطابع الرسالة في الكويت ، ج٢ ، ١٩٨٤ ، ص١٧٩ ، وقد فرق المذكور بين القانون في الطبيعة والقانون في الدولة ، فالاول يعبر عن المجرى الفعلي للاحداث ولهذا فهو غير متعارض مع الحرية ، اما قانون الدولة فيعبر عن محاولة التشكيك بسلوك الناس بطريقة مقصودة ، وهو في كثير من الاحيان متعارض مع الحرية .

١٠٦ ـ د. سمير محمد تناغو : النظرية العامة للقانون ، ص٤٣٥

١٠٧ ـ د. محمد عصفور : نظرية الضبط الاداري ، ص٢٥

١٠٨ ـ Stassinopoulos : Traite des actes adm, op, cit; P. 147

١٠٩ ـ د. عصام عبد الوهاب البرزنجي : السلطة التقديرية للادارة ، ص٣٢٩

١١٠ ـ د. حامد سلطان : القانون الدولي في وقت السلم ، ص٥٤ ، وقد بحث دور الرضا في تنسيق القواعد الدولية العرفية .

١١١ ـ د. مصطفى ابو زيد فهمي : القضاء الاداري ، ط٤ ، ص٣٠

١١٢ ـ د. طعيمة الجرف : القانون الاداري ، القاهرة ، ١٩٧٨ ، دار النهضة العربية ، ص٥٦٤ ، وهو يرى أن تعبير الادارة عن ارادتها ليس له شكل معين .

١١٣ ـ د. ثروت بدوي : تدرج القرارات الادارية ومبدأ الشرعية ، ص١٠ ، مجموعة احكام المحكمة الادارية العليا في مصر ، السنة العاشرة ، القضية رقم ٣٦٧ ، س٦ ، ص٩٠١ ، جلسة : ١٩٦٥/٣/٢١

١١٤ ـ محمد كامل ليله : مبادىء القانون الاداري ، ص٣٥٣ ، وانظر :

De laubadède : Traitè de droit adm, 3 ed; P. 410

١١٥ ـ د. محمود محمد حافظ : القضاء الاداري ، ص٢٣٩ ـ د. سليمان الطماوي : القضاء الاداري ـ قضاء الالغاء ، ص٦٤ـ٦٦ ، وانظر :

De laubadède : Traitè de droit adm, 3 ed; P. 410

١١٦ ـ حكم محكمة القضاء الاداري في مصر : القضية رقم ١٩٦ ، س٨ ، لسنة ٥ ق ، بند رقم ٤٩ ، ص٢٨٢ ، وقد جاء في ذلك قولها « لا يجدي التحدي بان ليس ثمة قواعد تنظيمية مدونة تحظر نقل التلميذ مرتين متتابعتين في عام واحد مادام لا جدال في ان العرف الاداري قد جرى على عدم جواز ذلك منذ تنظيم الدراسة في فرق متتابعة يمر بها كل تلميذ ، في ترتيب متصاعد ، ولا ريب ان العرف الاداري الذي استقر العمل عليه ، هو بمثابة القاعدة التنظيمية بحيث تعتبر مخالفتها مخالفة للنظام المتبع » .

١١٧ ـ د. سمير تناغو : النظرية العامة للقانون ، ص٤٢٥ ـ د. رمزي الشاعر : النظم السياسية والقانون الدستوري ، ص٨٥

١١٨ ـ د. بكر القباني : العرف كمصدر للقانون الاداري ، ص٢٨ ـ مجموعة المحكمة الادارية العليا في مصر ، حكم رقم ١٣٤ ، جلسة ١٩٥٩/٢/٢١ ، ٢ ، ص١١٥.

الباب الثالث

العرف الاداري كمصدر للقانون

ولقد قسمنا هذا الباب الى ثلاثة فصول ، تكلمنا في الفصل الاول عن حجية العرف الاداري ، وفي الفصل الثاني عن مقارنته ببعض الظواهر القانونية ، اما الفصل الثالث ، فقد خصصناه للحديث عن انواع العرف الاداري .

ولعل حجتنا في وضع هذه الفصول في الباب المتعلق بالعرف كمصدر ، ثم في القسم المتعلق بتكوين العرف الاداري ، هي ان المقارنة « احدى مراحل تشكيل المفهوم العلمي »(١) ، فهي تبلور الظاهرة وتزيل ما بها من شوائب وتميزها من الافكار القانونية الاخرى ، ومن ثم فهي تساعد على تعيين الحدود الخارجية للفكرة ، وهذا التعيين ــ ولاشك ــ يتعلق بتكوين المفهوم القانوني(٢) .

اما الدافع الذي حدانا الى الكلام عن انواع العرف الاداري في هذا الباب ، فهو ضرورة تبيان ما اذا كانت كافة انواع العرف الاداري تعتبر مصدرا للقانون الاداري ، أم ان بعضها الآخر لا تتوفر به مقومات هذا العرف .

---

١ ــ د. جودت احمد سعادة : مقال بعنوان دور المفاهيم في محتوى منهج الدراسات الاجتماعية ، مجلة الباحث ، بيروت ، السنة الخامسة ، العدد السادس والعشرين ــ آذار ونيسان ، ١٩٨٣ ، ص٨٧

٢ ــ د. سليمان الطماوي : النظرية العامة للقرارات الادارية ، ص١٧٤

الفصـــل الاول

حجيـــة العرف الاداري

وسنقسم هذا الفصل الى بحثين نتكلم في الاول عن الاسباب والمبررات التي تفرض العرف الاداري كمصدر للقانون الاداري ، اما البحث الثاني فسنخصصه للكلام عن حجية العرف في بعض الأنظمة القانونية الوضعية .

البحث الاول

حكمة قيام العرف الاداري كمصدر الى جانب القانون

« اسباب ومبررات العرف الاداري »

يرى بعض الفقهاء ان البحث عن اساس فكرة ما ، اي كيف نشأت يقتضي ان نردفه بالبحث عن مبررات هذه الفكرة ، اي لماذا نشأت(١) .

لهذا وجدت من المناسب ، وبعد الانتهاء من بحث الأساس الملزم للعرف التعرض الى المبررات التي تدفع الى الأخذ به ، وحكمة اعتماده مصدرا من مصادر القانون الاداري .

والواقع ان العرف ــ مطلق عرف ــ صيغة او شكل من أشكال التعبير عن ارادة الدولة ، وهذه الصيغة ذات خصائص ذاتية ، وقد فرضت نفسها بهذه الخصائص في جميع مراحل تاريخ القانون وفي كافة فروعه(٢) .

ونعتقد ان اعتبار العرف الاداري مصدرا من مصادر القانون ، هــذا الاعتبار امر خارج عن نطاق الجدل ، والمسألة اذا ما طرحت فانما لجهة حجيته ومردوده في انتاج القواعد القانونية ، وليس لجهة وجوده ، وبالتالي فالتفوق الذي احرزه القانون على العرف في المراحل الحديثة من مراحل التاريخ القانوني ، هــذا التفوق يقتصر على الكم ، ولا يصــل الى درجــة الانفراد في انتــاج القواعد القانونية(٣) .

واذا كان العرف امر يحتمه الواقع وتفرضه طبائع الأشياء(٤) ، فما هي هذه القوة الذاتية التي يتميز بها والتي تدفع للأخذ به كمصدر للقانون .

والواقع ان الفقهاء تكلموا كثيرا في ابحاث النظرية العامة للقانون عن هذه الاسباب والمبررات التي فرضت الأخذ بالظاهرة العرفية .

« فالعرف يقوم — الى جانب مقتضيات المنطق ومعطيات العدل — على التجربة والواقع وتحقيقه لصالح الناس ، ذلك ان وجود عادة مستمرة انما يبعث على الاطمئنان الى استمرارها في المستقبل ، وان مقتضى العدل ان يكون تحقق توقعات الناس في حدود الممكن خير من احباطها حتى وبتقدير ان هذه الاعراف لم تكن عادلة ، وان الضمير الوطني لم يكن موفقا حين انشائها ، فانه من الحكمة قبول هذه الأعراف بالحال التي هي عليها بدلا من احباط توقعات قررها مراس مستمر »(٥) .

ويرى فقهاء الشريعة الاسلامية « ان في نزع الناس من عاداتهم حرجا عظيما وان الاخذ بالعرف كمصدر للقانون ، انما لمراعاة المصلحة المرسلة »(٦) .

ولقد لخص الفقيه جيني هذه المبررات بقوله « ان هذه المبررات تستجيب الى الضرورة الاجتماعية ، وهي تنسجم مع الغرائز العميقة للانسان، فالاستقرار اللازم للأفراد الذي لا يقل اهمية عن المساواة التي هي اساس العدالة ، يقضي بأن العدالة المقبولة تكون مفروضة على قدم المساواة مع القانون ، كما ان هذا يستجيب للطبيعة الانسانية المفطورة على حب ممزوج بالخوف لعادات الآباء»(٧).

وبناء على ما تقدم يتضح ان للعرف — بلا نزاع — قوة الزامية باعتباره قاعدة قانونية ، ولكن هذه القوة لا يستمدها من المشرع الذي يوافق عليه ، ولا من الدولة التي تعمل بقوتها على ضمان احترامه ، ولا من الضمير الجماعي حسبما يرى دعاة المذهب التاريخي، ولا من القضاء الذي يطبقه ويحكم بناء عليه، وانما قوة العرف ذاتية مردها — في المقام الاول — ضرورات اجتماعية »(٨) .

وطبعا فلا نستطيع ان نتجاهل تلك المبررات التي نادى بها فقهاء القانون الخاص ، لأنها مبررات تنطلق من الطبيعة الذاتية للظاهرة العرفية ، وان كان العرف الاداري ينفرد بمبررات ذاتية وخاصة تفرضها طبيعة هذا المصدر .

ونعتقد ان هذه المبررات تكمن في الأفكار الآتية :

تنفيذ القوانين — عدم كفاية التشريعات — مسؤولية الادارة — فكرة الضرورة.

فالادارة — ولاشك — مسؤولة عن تنفيذ القوانين ، والمفروض بالقانون ان

يستمر مدة طويلة بينما قد تتغير شروط تنفيذه من وقت لآخر ، ولو وضعت شروط التنفيذ بتفصيلاتها في صلب القانون لاقتضى تغيير القوانين في فترات متفاوتة ، هذا فضلا عن ان النصوص قد تكون عامة أو غامضة .

ومن جهة اخرى فصلة الادارة العميقة بالناس ، والقدرة على مجابهة مطالب الحياة الحديثة ، كل ذلك يبرر تكليفها تنفيذ القوانين، وتقديم ما يحتاجه التطبيق من تفصيلات لم ترد في مجمل النصوص(٩) .

والعرف الاداري هو احد ادوات الادارة في تنفيذ القوانين ، ودوره في ذلك يقترب من دور اللائحة التنفيذية(١٠) .

أما بشأن الافكار الباقية ، فنعتقد انها مترابطة فيما بينها ارتباط التأثير المتبادل .

فعدم كفاية التشريع مضاف الى ذلك مسؤولية السلطة الادارية . كل ذلك يبرز فكرة الضرورة لسد الفراغ الناجم من ذلك .

ونقص التشريعات واضح « بسبب تشعب الحياة الادارية وتطورها تطورا يفوق الحياة المدنية ، ولأن التشريعات تتناول المبادىء ، وقلما تتعرض الى التفاصيل »(١١) .

وبالمقابل فالادارة قوامة على المرفق العام ، ومن الضروري تزويدها بحق المبادأة وبالسلطة لمجابهة الضرورة ، ووفقا للمبدأ القائل : حيثما تكمن المسؤولية تكمن السلطة .

هذا ونشير الى ان التشريع الفرنسي لم يتضمن اي نص يتعلق بمشروعية العرف(١٢) ، ولكن مجلس الدولة الفرنسي ذهب الى تقرير هذه المشروعية استنادا الى فكرة الضرورة العملية : necessite pratique (١٣) .

ونعتقد ان تجاهل فكرة الضرورة كمبرر لانشاء العرف الاداري يعني توقف سير الحياة الادارية ، هذا فضلا عن انه لا خطورة تنجم عن قيام سلطة العرف الاداري ، لأن الادارة تبقى متقيدة بعناصر النظام القانوني .

وقد ضرب لنا فقهاء القانون الاداري مثلا عن هذا الدور ، وذلك « في حال تعليق نفاذ تشريع الوظيفة العامة على صدور قواعد تنفيذية لازمة لهذا النفاذ ،

ويستحيل اجراؤها بغيرها ـ انه عند عدم النص الصريح تعطل الاحكام التي لا يمكن تنفيذها دون هذه القواعد ، ما لم يترتب على ذلك استحالة الادارة وتسيير المرافق العامة نتيجة للفراغ التشريعي بعدم امكان تطبيق التشريع الجديد لعدم صدور قواعده التنفيذية ، وامتناع تطبيق التشريع القديم نتيجة لالغائه بصدور التشريع الجديد ـ ففي هذه الحال يتعين ان يكون الراي هو تطبيق القواعد القانونيـــة ، ولو باعتبارها عرفا اداريا تفرضه ضرورة سـير المرافق العامة »(١٤) .

ولقد تعرض القضاء الاداري في مصر الى مبررات العرف الاداري ، وهي المبررات التي اخذ بها فقهاء القانون الخاص .

وفي هذا الصـــدد قالت محكمة القضـــاء الاداري « فاذا اختط الناس لانفسهم سنة معينة وقاعدة محددة لتنظيم روابطهم ، ثم اطرد اتباع هذه السنة وعم وتقادم وانتشر تحت ضغط الحاجات والميل الى المالوف ، واستقر في الأذهان الشعور بلزومها وضرورة احترامها ، وتوقي الجزاء على من يخالفها ، تولدت هنالك قاعدة قانونية مصدرها العرف »(١٥) .

المبحث الثاني

حجية العرف الاداري في بعض الأنظمة الادارية

قد يتجاهل النظام القانوني النص على شرعية العرف ، وعندئذ فعلم القانون هو الذي يكشف لنا ما اذا كان العرف يولد فعـلا وواقعـا القواعد القانونية والعكس(١٦) .

وعلى سبيل المثال فالمشرع الفرنسي لم ينص على العرف كمصدر من مصادر القانون ، ولكن ذلك لم يحل دون اعتباره مصدرا قانونيا ، حيث وجدت قواعد موضوعية ، نشأت مباشرة من العرف(١٧) .

ولقد تعرضنا سابقا للأوصاف التي نعت بها العرف الاداري ، كالقول بانه ضعيف ، أو يمكن اهماله ، وغير ذلك .

هذا وعلى الرغم من تلك النعوت ، فانه لا يمكن تجاهل هذا المصدر ، كما لا يمكن وصفه بانه مصدر ناقص : imparfaite(١٨) ، لان هذا الوصف لم يحدد لنا ما اذا كان العرف الاداري ينتج كافة القواعد أم لا ، ثم ما هي القواعد التي يتعذر عليه انتاجها .

وفي جميع الاحوال فاننا في هذا البحث سنقتصر على تتبع هذا المصدر في بعض الانظمة القانونية لمعرفة ما اذا كان فعلا يولد الاحكام القانونية ، ام لا ، ودون التعرض الى الجوانب والاوصاف التي تتعلق بخصائص هذا المصدر مثل كونه ناقصا او ضعيف الانتاج وغير ذلك ، لاسيما انه من الصعب تتبع ظاهرة حجية العرف الاداري في كافة النظم القانونية الوضعية .

الفـرع الأول

حجية العرف الاداري في القانون الاداري المصري

تضمنت الفقرة الثانية من المادة الاولى من القانون المصري الحالي ما يلي : « فاذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكم القاضي بمقتضى العرف ، فاذا لم يوجد ، فبمقتضى مبادىء الشريعة الاسلامية ، فاذا لم توجد ، فبمقتضى مبادىء القانون الطبيعي وقواعد العدالة » .

ولكن هل تطبق احكام هذه المادة على روابط القانون الاداري .

يجيب على ذلك بعض الفقهاء بالايجاب(١٩) ، ويستندون في ذلك الى المذكرة الايضاحية لمشروع تنقيح القانون-المدني المصري ، فقد تعرضت الى دور العرف في كافة فروع القانون الخاص والعام على السواء(٢٠) .

وعلى العكس من ذلك ، يرى بعض الفقهاء ان هذه المادة لا تسري على احكام القانون الاداري لسبب بسيط ، هو انها لم تتعرض الى القضاء الذي هو اهم مصادر القانون المذكور(٢١) .

ونعتقد ان هذا الخلاف الفقهي حول تفسير المادة الاولى من القانون المدني لم يعد له اهميته لسبب بسيط هو ان العرف الاداري اصبح حقيقة مسلم بها في النظام القانوني المصري .

فعلى صعيد الفقه ، يمكن القول ان عددا غفيرا من الفقهاء اعتبر هذه الظاهرة مصدرا للقانون الاداري(٢٢) .

اما على صعيد القضاء الاداري ، فيمكن تسجيل الملاحظتين الآتيتين :

ـ تناولت بعض الأحكام العرف الاداري كقاعدة ادارية ، وهذا ما تعرضنا له في تضاعيف الابحاث السابقة من خلال ضرب الأمثلة والاستشهاد بها .

ـ تناولت بعض الأحكام العرف الاداري كمصدر قانوني ، حيث عمدت الى تحليل الظاهرة وتبيان شروطها واركانها وحجيتها ، وغير ذلك من الامور التي تتعلق بكل قاعدة او بصورة اوضح بالنظرية العامة للعرف الاداري .

هذا واننا سنجتزيء في ذكر الأحكام التي تناولت العرف الاداري كمصدر للقانون .

ـ حكم المحكمة الادارية العليا الصادر في ١٩٤٨/٣/٢٦ ، وقد جاء فيه « ان مخالفة الادارة للعرف في تصرفها مثل مخالفة نصوص القانون ، ففي الحالتين يعتبر تصرفها باطلا ، ذلك ان عيب مخالفة القانون ليس مقصورا على مخالفة قانون او لائحة ، بل هو يصدق على مخالفة كل قاعدة جرت عليها الادارة واتخذتها شرعة لها ومنهاجا »(٢٣) .

ـ حكمها الصادر في ١٩٦٢/٣/٢٤ ، وقد جاء فيه « العرف تعبير اصطلح اطلاقه على الأوضاع التي درجت الجهات الادارية على اتباعها في مزاولة نشاط معين ، وينشا عن استمرار الادارة في التزامها لهذه الأوضاع والسير على سننها ، ومباشرة هذا النشاط أن تصبح بمثابة القاعدة القانونية الواجبة الاتباع »(٢٤) .

كما ان محكمة القضاء الاداري تعرضت في اكثر من حكم الى شروط العرف الاداري واركانه وحجيته ، ومن ذلك :

ـ حكمها الصادر في ٢٨ يونيه سنة ١٩٥٨ الذي جاء فيه « ولا ريب ان العرف الاداري الذي استقر العمل عليه واطرد بمثابة القاعدة التنظيمية ، بحيث تعتبر مخالفتها مخالفة للنظام المتبع مما يجيز المؤاخذة عليه »(٢٥) .

ـ حكمها الصادر في ٢ يونيه سنة ١٩٥٧ ، وقد جاء فيه « والعرف الاداري هو أن تسير الجهة الادارية على نحو معين سننا معينة في مواجهة حالة معينة ، بحيث تصبح القاعدة التي التزمتها مختارة بمثابة القانون المكتوب »(٢٦) .

الفرع الثاني

حجية العرف الاداري في القانون الاداري السوري

النظام السياسي والاجتماعي في سوريا في هيكله العام نظام دستوري يقوم

على اساس سيادة القانون ، وقد أكد ذلك الدستور السوري القائم في المادة /٢٥/ فقرة /٢/ ، حيث قال « ان سيادة القانون هي مبدأ اساسي في المجتمع والدولة » .

« والدولة في سوريا هي دولة قانونية : ôtat de droit بمعنى ان جميع تصرفات الادارة فيها يجب ان تكون في حدود القانون ، اي بمعناه الشامل لجميع القواعد الملزمة في الدولة سواء أكانت مكتوبة ، أم غير مكتوبة ، وأيا كان مصدرها مع مراعاة التدرج في درجة الزامها وقوتها »(٢٧) .

ولقد تضمنت المادة الأولى من القانون المدني السوري اعتبار العرف مصدرا للقانون ، الا انه يمكن القول ان هذه المادة لم تتضمن مبدأ قانونيا يسري في مجال القانونين العام والخاص .

والشيء البارز هو اخذ سوريا بنظام الازدواج القضائي على اثر الوحدة السياسية بين القطرين الشقيقين سوريا ومصر ، وعلى اثر صدور قانون مجلس الدولة رقم ٥٥ لسنة ١٩٥٩ الذي لايزال ساريا في سوريا حتى الآن .

ومع هذا فلم نجد بعد فترة الوحدة اي حكم للقضاء الاداري تعرض للعرف الاداري وقيمته القانونية .

وبالعكس فقد اتيح للقضاء العادي ان يتعرض لقوة هذا العرف في اكثر من حكم . ففي حكم لمحكمة النقض صدر عام ١٩٧٥ ، لاحظنا ان هذه المحكمة تتنكر للعرف الاداري ومن جهة اخرى لاحظنا انها اعتنقت نظرية التطور التاريخي في نشأة العرف ، وقد جاء في ذلك قولها « العرف ينشأ في حياة الشعب ، اي عن الاستعمال الشعبي استعمال الناس، لا عن استعمال السلطة صاحبة السلطان، اذ ان العرف هو ذلك الاستعمال الذي يستمر تدريجيا عن غير ارادة او قصد ، الأمر الذي يجعل ما تذرعت به الجهة المدعية من عدم مراعاة المدعى عليه مجموعة الأعراف المعمول بها في مصالح الدولة ومؤسساتها ووزاراتها وفي شركات القطاع العام ، لا يأتلف مع طبيعة العرف وحقيقته ، ويستوجب الرد »(٢٨) .

وهذا الموقف تكرر في حكم آخر بررت فيه المحكمة المذكورة للتقاليد الادارية الخروج على الأحكام القضائية ، وفي ذلك قالت هذه المحكمة « ان خطأ رئيس البلدية ، وبالتالي مسؤوليته الشخصية انما تنتفي اذا كان امتناعه عن تنفيذ احكام قضائية مستندا الى توجيهات رئاسة مجلس الوزراء ، وكتاب وزير

الادارة المحلية بالتوقف الى اشعار آخر عن تنفيذ الأحكام القضائية المتضمنة اعادة تخمين عقارات مستملكة نظرا لما يلقي تنفيذها من اعباء على الادارة والبلدية لا تقوى على حملها ، وان ثمة تشريع خاص اعـد لاستثناء المنطقة من اعادة التخمين ، واعادة النظر في الاحكام الصادرة بهذا الشان ، لان التسلسل الوظيفي والتقاليد التي اصبحت متبعة في العمل الوظيفي ، انما تنفيان عن رئيس البلدية الانحراف عن السلوك المالوف »(٢٩) .

ولا حاجة للقول بان العمل الوظيفي الاداري « حسب تعبير محكمة النقض السورية » ، لا يستطيع مهما استقر وتكرر ان يخالف الأحكام القضائية ، لان هذه الأحكام الصادرة باسم الشعب العربي في سوريا ــ وبالاستناد الى احكام الدستور السوري ــ هي عنوان الحقيقة فيما قضت به ، وهي الدليل الأمثل للصالح العام ، ولا يمكن لأية جهة ادارية ان تحجم عن تنفيذ الحكم القضائي بالتذرع بمخالفة الحكم للصالح العام ، وبالعكس فهذه المخالفة تعتبر استهتارا بالقانون وخرقا جسيما لأحكامه ، لاسيما ان التقليد الاداري ــ ومهما كانت درجة العضو الاداري ــ لا يرقى الى مستوى التشريع بدلالة النصوص الوضعية القائمة في سوريا ، لاسيما المادة الأولى من القانون المدني .

ومن جهة اخرى يتعين على الوزير او رئيس المصلحة وجوبا تنفيذ الحكم على مسؤوليته ، ويكون التنفيذ صحيحا ، ولا يحتاج الأمر الى اصدار قرارات من جهات اخرى ، او استطلاع رايها في التنفيذ ، وبالمقابل فان عدم تنفيذ الحكم يرتب مساءلة الموظف اداريا وجزائيا(٣٠) .

ويظهر ان المحكمة المذكورة احست بخطئها ، لذلك فقد راينا تحولها عن الراي ، وتمسكها بالعرف الاداري في الحكمين الآتيين :

ــ حكمها الصادر عام ١٩٨١ والمتضمن وجود تعامل اداري « يحظر انشاء أو نقل أو تعديل اي حق من الحقوق العينية على الاراضي الكائنة في مناطق الحدود الا بعد اخذ ترخيص من وزارة الداخلية »(٣١) .

ــ حكمها الصادر في ١٩٨٢/٤/٥ المتضمن وجود تعامل اداري في البلديات « يستوجب ايقاف اعمال البناء التي يقوم بها الأفراد دون رخصة من البلدية ، ريثما يتم الحصول على الترخيص المطلوب »(٣٢) .

وقد لاحظنا ان محكمة النقض رتبت على الحكمين المذكورين كافة الآثار القانونية التي يمكن ترتيبها على العرف الاداري .

اما على صعيد الفقه الاداري في سوريا فيمكننا تسجيل الملاحظات الآتية :

١ ـ اطلق بعض الفقهاء على العرف الاداري تسمية التعامل الاداري(٢٣) .

ولقد لاحظنا انهذه التسمية ترددت في الاحكام السابقة ، مما يمكننا القول ان لفظة « تعامل اداري » هي الغالبة الاستعمال في سوريا ، وان كان ذلك لا يمنع من وجود تسميات اخرى مثل : العمل الوظيفي الاداري ـ التقليد الاداري ، كما سبق توضيحه .

٢ ـ لم يتعرض بعض الفقهاء الى القاعدة الادارية العرفية في صدد الكلام عن مصادر القانون الاداري(٢٤) .

٣ ـ تناول بعض الفقهاء نظرية العرف الاداري بالتحليل والتأصيل منطلقين في ذلك من وجهة نظر علمية وواضحة وموضوعية ، وبالمعنى العلمي والفني والدقيق لهذه النظرية(٢٥) .

الفرع الثالث

العرف الاداري في القانون الاداري الفرنسي

على الرغم من ان بعض الفقهاء شككوا في حيوية العرف الاداري في توليد القواعد القانونية(٢٦) ، كما ان فريقا آخر تجاهل هذا المصدر عند الكلام عن مصادر القانون الاداري(٢٧) ، على الرغم من ذلك فانه يمكن القول ان هذه الفكرة القانونية واضحة الخصائص محددة السمات في القانون الاداري الفرنسي .

ولعل ذلك امر طبيعي اذا ما ادركنا الجهود الجبارة التي بذلها هذا المجلس في بناء نظريات القانون الاداري وبلورة اتجاهاته ومبادئه .

وعلى هذا الاساس ، فليس غريبا ان نجد المجلس المذكور يتعرض الى العرف الاداري في اقدم احكامه « الاحكام المذكورة تتعلق بتنظيم حقوق الارتفاق، كما سنوضح مفصلا »(٢٨) .

ويمكن القول ان عددا غفيرا من الفقهاء اقر للعرف الاداري حجيته في توليد القواعد القانونية ، كما تناولوه من أكثر من جانب(٢٩) .

ونفس الشيء بالنسبة للقضاء الاداري .

واذا كان المجال لا يتسع للتعرض بالتفصيل الى هذه الأحكام ، وانما سنترك ذلك الى القسم التطبيقي من هذه الدراسة ، اذا كان الأمر كذلك ، فاننا سنجتزيء بذكر بعض هذه الأحكام :

ـ **في مجال الاختصاص :** حكم مجلس الدولة الفرنسي بقيام عرف اداري يفوض المحافظ بموجبه السكرتير العام بادارة جزء من المحافظة(٤٠) .

ـ **في مجال اخذ الراي :** حكم هذا المجلس بأن الوزير لا يستطيع استبعاد اخذ الراي لجماعة مهنية لها الصفة التمثيلية ، اذا كان قد اعتاد على استشارة مثل هذه الجماعات(٤١) .

ـ **تقييد القرارات الفردية بالقاعدة العرفية :** تعرض هذا المجلس الى ضرورة احترام الادارة للقواعد التنظيمية العامة متمثلة في العرف الاداري ، وذلك عند اصدار القرارات الفردية(٤٢) .

ـ **في مجال تكملة العقد :** وقد طبق مجلس الدولة الفرنسي احدى العادات المتعلقة بتجارة الصوف ، كما طبق احدى العادات الادارية ، وذلك من أجل تحديد التزامات العقود الادارية ، وتكملة هذه العقود(٤٣) .

ـ **شروط العرف :** وبصورة ادق شروط العمل الاداري المكون للعرف ، وضرورة تأثيره في النظام القانوني، وقد طبق ذلك في مجال التفويض ، حيث حكم المجلس المذكور أن تكرار تفويض التوقيع ينشيء تقليدا اداريا ، وليس عرفا اداريا(٤٤) .

ـ **في مجال قواعد الشكل :** تعرض المجلس المذكور الى قدرة العرف الاداري على انشاء القواعد المتعلقة بشكل القرار الاداري ، وذلك في حكمه الصادر في ٩ ديسمبر ، والذي اقر فيه وجود عرف اداري نشأ من تكرار الادارة اعطاء أوامر شفوية الى المقاولين(٤٥) .

الفرع الرابع

العرف الاداري في القانون الاداري الاردني

باستعراض المباديء القانونية الصادرة عن محكمة العدل العليا في القطر الأردني الشقيق(٤٦) ، « وهي غرفة من غرف محكمة النقض مختصة في الغاء

القرارات الادارية »، يتضح ندرة الاعراف الادارية(٤٧) ، من جهة ، وعدم وضوح هذه الفكرة لدى المحكمة المذكورة بالمعنى الفني والعلمي .

١ ـ فقد انكرت وجود العرف الاداري رغم توفر شروطه ، وذلك في التعليمات المتبعة في الجيش والتي لا تجيز الاستفناء عن خدمات الضابط(٤٨) ، بحجة ان هذه التعليمات لم تصدر تطبيقا للقانون أو للنظام .

وقد انتقد احد فقهاء القانون الاداري في الاردن مسلك هذه المحكمة لجهة العرف المذكور اعلاه ، مستندا في ذلك الى ان ادارة الجيش استعملت « الصلاحية الاختيارية المخولة لها »(٤٩) .

٢ ـ اقرت وجود العرف الاداري في قاعدة متبعة لدى مجلس الوزراء بشأن تفويض اراضي الدولة في اغوار الكرك(٥٠) ، مع العلم ان العرف المذكور هو عرف الادارة الخاضع لاحكام القانون المدني باعتباره ينظم التصرفات المتعلقة بهذه الاموال .

اما على صعيد الفقه ، فقد لاحظنا ان فقيها واحدا تعرض الى شروط واركان وطبيعة النظرية العامة للعرف الاداري ، منطلقا في ذلك من وجهة نظر علمية وموضوعية ، وكاشفا عن جوهر هذه النظرية وخصائصها الذاتية(٥١) .

الفرع الخامس

العرف الاداري في القانون الاداري اللبناني

يتبوأ العرف مكانا رفيعا في النظام القانوني اللبناني ، وهذا ما نلحظه في المادة التاسعة من الدستور التي اقرت « عادات الناس وعرفهم الذي درجوا عليه في بعض مجالات حياتهم » ، وهو الامر الذي يدفعنا للقول بأن تخصيص مادة قانونية للعرف في الدستور يعني ان هذه المادة ترسي مبدا قانونيا يطبق على علاقات القانون الخاص والعام .

واذا كان لا يوجد في القانون المدني اللبناني نص يحدد مرتبة العرف بين المصادر الرئيسية للقانون ، الا انه يمكننا ان نتبين من بعض النصوص المتناثرة « قانون التجارة وغيره » ان التشريع سلك السبيل في غالبية القوانين الحديثة باعتبار العرف يقع في المرتبة التالية للتشريع(٥٢) .

ولقد لاحظنا ان القضاء اللبناني لم يصدر اي حكم تعرض فيه الى العرف الاداري ، كما لاحظنا بعض فقهاء القانون الاداري في لبنان لم يعر هذا المصدر اي اهتمام عند الكلام عن مصادر القانون الاداري[٥٣] .

على ان ذلك لم يمنع بعض فقهاء القانون الاداري من التصدي لهذه الظاهرة وتحديد اركانها وخصائصها المميزة .

ويرى هذا الفريق ان العرف في القانون الاداري « ليس غريبا عن احداث بعض القواعد القانونية او انشاء بعض النظريات الادارية ، وذلك في مجال السلطة اللائحية « التنظيمية » للحكومة ، ومثل نظرية الأملاك العامة ، وبالذات في قاعدة عدم قابلية المال للتملك بالتقادم »[٥٤] .

ويطلق اللبنانيون على العرف الاداري اصطلاح « التعامل الاداري »[٥٥] .

الفرع السادس

العرف الاداري في القانون الاداري الكويتي

تعرض القضاء في الكويت الى موضوع العرف كمصدر للقانون الاداري ، وذلك في حكم محكمة الاستئناف العليا ، قالت هذه المحكمة « انه وان كانت المادة ٨٢ من قانون الوظائف العامة قد خلت من أية اشارة الى منح الموظف بدلا نقديا عن اجازته عند انتهاء خدمته ، غير انه قد نشأ منذ صدور التعميم رقم ٩ لسنة ١٩٦٠ ، عادة عرفية ملزمة للدولة تتضمن انه اذا ما انتهت خدمات الموظف وكان له رصيد عن اجازته دفع مرتبه بما لا يزيد عن ثلاثة اشهر ، وقد درجت الدوائر الكويتية على ذلك منذ صدور التعميم المذكور وطبقته باطراد ، واتخذته منهاجا لها على مدى اكثر من سبع سنوات ، كما ان السلطة التنفيذية افصحت عن عقيدتها في الزامية هذه القاعدة »[٥٦] .

الفرع السابع

العرف الاداري في القانون الاداري الانجليزي

على الرغم من تمسك انجلترا بالنظام القانوني الموحد ، الا انها اتجهت جزئيا صوب الاخذ بنظام القضاء المزدوج[٥٧] .

ومن المسائل التي اعتبرت ذات طبيعة ادارية ، واحيل النظر في شأنها الى محاكم ادارية ، نذكر على سبيل المثال ، المنازعات الخاصة بالمشروعات التي تشرف عليها الدولة ، كالسكك الحديد(٥٨) .

واذا كان هذا المقام لا يتسع لبحث ظاهرة العرف الاداري في هذا النظام ، انما المهم ان نثبت امكان وجود هذه الظاهرة القانونية ، تأمر بفرضه المنطق وتحتمه طبائع الأشياء « وجود النظام الاداري » ، وطبعا في الحدود الضيقة التي يسنح بها هذا النظام .

ويمكننا ان نضرب مثلا على ذلك فيما تم الاطراد عليه في انجلترا « على قيام الادارة ــ لاسيما قبل عام ١٩٣٩ ــ باتباع المناقصة العامة المفتوحة بالنسبة للأعمال القليلة الاهمية ، اما الاعمال الكبيرة الاهمية ، او التي تحتاج الى فن عال فقد جرت الادارة على ان تدعو عددا من المشروعات المختارة سلفا لتقديم عطاءاتها »(٥٩) .

والمثال الثاني يتجلى في العرف الاداري « المتضمن تعيين الموظفين تحت الاختبار لمدة سنة واحدة فاذا لم يجتازها بنجاح تقرر فصلهم لعدم الكفاية ، وان كان العرف جرى على عدم اجراء هذا الفصل الا بسبب مخالفات تأديبية »(٦٠) .

الفرع الثامن

العرف الاداري في القانون الاداري الليبي

كان من الطبيعي ان يتعرض الفقه الاداري في ليبيا الى موضوع العرف الاداري ، ويكشف عن طبيعته الذاتية المميزة(٦١) .

ونعتقد ان الشيء المهم هنا هو البحث عن الأحكام او المباديء القضائية التي تعرضت الى هذا الموضوع .

وننوه بانه اتضح لنا من خلال الجهد المتواضع ان نطلع على حكم المحكمة العليا في القطر الليبي الشقيق ، هذا الحكم الصادر في السادس من يونيو ١٩٥٧ والذي جاء فيه « يجب ان يكون القرار الاداري مطابقا للدستور والقوانين واللوائح ، كما يجب ان يكون مطابقا للعرف الاداري الذي تسير عليه الادارة على نحو معين في مواجهة حالة معينة »(٦٢) .

هذا واننا نختم هذا البحث بالاشارة الى دور العرف الاداري في بعض الانظمة القانونية :

ـ ففي الفقه البلجيكي تعرض بوتنجباخ في كتابه القانون الاداري الى العرف كمصدر للقانون الاداري ، واورد بعض احكام مجلس الدولة البلجيكي ، والتي قررت ضرورة مطابقة العادات الادارية للنصوص التشريعية(٦٣) .

ـ اما في القانون اليوناني ، فقد راينا اشارة عابرة الى العرف الاداري وذلك من خلال الكلام عن التفويض الاداري .

ففي هذا الصدد يرى الفقيه ستاسينو بولس ان العرف الاداري قادر على انشاء قواعد قانونية بتفويض السلطة ، وذلك في القانون الاداري الفرنسي لا اليوناني »(٦٤) .

ونعتقد انه لا مبرر لاسقاط العرف الاداري كمصدر للقانون ، لاسيما ان هنالك نظام اداري في اليونان .

الهــوامش

١ ـ د. محمد مصطفى حسن : السلطة التقديرية للادارة ص٦٤ ـ د. ثروت بدوي : مبادىء القانون الاداري ، ص١٤٦

٢ ـ Valette : Du rôle de la Coutume, op, cit, P. 66

٣ ـ د. سمير تناغو : النظرية العامة للقانون ، ص٤٨٢ وما بعدها .

٤ ـ د. وايت ابراهيم : مقالة بعنوان « التقاليد » السالف الاشارة اليه ، ص٣٨٣ و ٣٨٤

٥ ـ د. عبد الحي حجازي : المدخل لدراسة العلوم القانونية ، ص٤٤٦

٦ ـ مصطفى احمد الزرقا : المدخل الفقهي العام ، ص٨٣٤

٧ ـ Geny : Methodes d'interpretation, op, cit; P. 346

٨ ـ د. محمد كامل ليله : مبادىء القانون الاداري ، ص٤٢٦

٩ ـ د. بكر القباني : العرف كمصدر للقانون الاداري ، ص٤٥

١٠ ـ د. نعمان خليل جمعه : المدخل للعلوم القانونية ، ص١٨٧

١١ ـ د. بكر القباني : العرف كمصدر للقانون الاداري ، ص٤٦

١٢ ـ Geny : Methodes d'interpretation, op, cit; P. 330

١٣ ـ د. بكر القباني : العرف كمصدر للقانون الاداري ، ص٦٠ ـ د. محمد عصفور : نظرية الضبط الاداري ، ص٣٦٢ ، وهو يرى ان السلطة ترتكز على فكرة الضرورة لا على فكرة السيادة .

١٤ ـ محمد حامد الجمل : الموظف العام ، ط٢ ، ص١٦٣١

١٥ ـ محكمة القضاء الاداري في مصر : ٢٢ يونيه ١٩٥٧ ، المجموعة ، السنة ١١ ، حكم رقم ٣١٦ ، ص٤٩٦

١٦ ـ د. سمير محمد تناغو : النظرية العامة للقانون ، ص٤٦٦ ، وانظر :

Geny : Methodes d'interpretation, op, cit; P. 468

والفقيهان المذكوران يعتبران تحديد دور العرف وقوته القانونية مسالة علمية ، في حين ان الفقيه دابان ـ كما عرضنا سابقا ـ يعتبر هذه المهمة من اختصاص التشريع .

١٧٨ ـ د. بكر القباني : العرف كمصدر للقانون الاداري ، ص٥٢

١٨ ـ محمد حامد الجمل : الموظف العام ، ط٢ ، ص١٤٢٣

١٩ ـ د. بكر القباني: العرف كمصدر للقانون الاداري ، ص٥٦ ـ د. عبد الفتاح عبد الباقي: نظرية القانون ، القاهرة ، ١٩٥٤ ، ص١٢٤

٢٠ ـ مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري الحالي ، ج١ ، الباب التمهيدي ، مطبوعات وزارة العدل ، ص١٨٢ ، وقد جاء فيه « العرف هو المصدر الذي يلي التشريع في المرتبة، فمن الواجب ان يلجأ اليه القاضي اذا افتقد النص ، وقد ظل هذا المصدر ، وسيظل الى جانب التشريع مصدرا تكميليا خصبا لا يقف انتاجه عند حدود المعاملات التجارية ، بل يتناول المعاملات التي تسري في شانها قواعد القانون المدني وسائر فروع القانون العام والخاص على السواء » .

٢١ ـ د. سمير تناغو : النظرية العامة للقانون ، ص٢٣٢

٢٢ ـ د. محمد كامل ليله : مبادىء القانون الاداري ، ص٤٢٧ ـ د. سليمان الطماوي : مبادىء القانون الاداري ، ص٢٨ ـ د. محمد كامل ليله : الرقابة على اعمال الادارة ، ص٤٣٩ ـ د. طعيمة الجرف : القانون الاداري ، ص٥٢ ـ د. فؤاد العطار : القضاء الاداري ، ص٥٢ ـ د. طعيمة الجرف : مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الدولة للقانون ، ص١٣٠ ـ د. بكر القباني : العرف كمصدر للقانون الاداري ، ص٢٠

٢٣ ـ مجموعة هذه المحكمة ، س٥ ، حكم رقم ٩٦٣ ، ص٢٧٠

٢٤ ـ مجموعة هذه المحكمة ، س٧ ، القضية رقم ٥٤١ ، ص٢٥٢

٢٥ ـ مجموعة هذه المحكمة ، س٢ ، القضية رقم ١٩٦ ، حكم رقم ٤٠ ، ص٣٢٨

٢٦ ـ مجموعة هذه المحكمة ، س١١ ، حكم رقم ٣٢٦ ، ص٤٩٦

٢٧ ـ المحامي عبد الهادي عباس : الاختصاص القضائي واشكالاته ، دمشق ، ١٩٨٣ ، ط١ ، دار الانوار للطباعة ، ص٤٩

٢٨ ـ حكم محكمة النقض السورية رقم ٤٠٩ اساس مدني ٩٩٩ تاريخ ١٩٧٥/٥/١٠ ، مجلة المحامين ، دمشق ، عدد٦ لعام ١٩٧٥

٢٩ ـ حكم محكمة النقض السورية رقم ١١٢٣ اساس مدني ١٦٨٥ تاريخ ١٩٧٨/٨/٢٦ ، مجلة المحامين ، عدد ١٩٧٨/١٢ ، السنة ٤٣

٣٠ ـ محكمة القضاء الاداري في مصر : القضية رقم ١٢٥ لسنة ٥ ق ، مجموعة السنة الثالثة ، ص١٠ ، قاعدة رقم ٧ ، جلسة ١٩٥٢/١٠/٢٥

٣١ ـ حكمها الصادر في ١٢/١٠/١٩٨٠ ، الدعوى رقم اساس ٩٨٦ قرار رقم ١٤٩٤ ، مجلة المحامين ، عدد ١ لعام ١٩٨٠.

٣٢ ـ حكمها الصادر في ٤/٥/١٩٨٢ رقم ٦٣٣ ، مجلة المحامين ، عدد ١٠ لعام ١٩٨٢ رقم ٦٠٣

٣٣ ـ د. عدنان العجلاني : الوجيز في الحقوق الادارية ، دمشق ، ١٩٥٩ ، مطبعة جامعة دمشق ، ط١ ، ص٢٥ ـ د. زين العابدين بركات : مبادىء القانون الاداري ، مطبعة رياض في دمشق ، ١٩٥٩ ، ص٣٧

٣٤ ـ د. مصطفى البارودي : الوجيز في الحقوق الادارية ، ١٩٥٨ ، المطبعة الهاشمية ، ط٢ ، ص٤٦ ـ د. عدنان العجلاني : القضاء الاداري ومجلس الدولة ، ١٩٥٩ ، مطبعة جامعة دمشق ، ص٤٥

٣٥ ـ د. عبد الله طلبه : الرقابة على اعمال الادارة ـ الرقابة القضائية ، دمشق ، المطبعة الجديدة ، ١٩٧٦ ، ص١٢ وما بعدها ـ د. عبد الله الخاني : مقال بعنوان : القانون الاداري وحقوق الانسان ، مجلة المحامين ، عدد ٢ لعام ١٩٧٨ ، ص٢١٥ ، وقد حلل العرف الاداري ، واستشهد بالعرف الاداري السائد في سوريا والمتضمن اعتبار سنة العمل مساوية لثلاثة عشر شهرا بخصوص صرف المرتبات .

٣٦ ـ Rivera : Droit adm, op, cit; P. 67

Waline : Manuel élèmentaire de droit adm 9ed, op, cit; P. 113

٣٧ ـ Paul Duex et Guy Debeyer : Traitè de droit adm.
Paris, Libairie Dalloz, 1952; P. 1ets.

٣٨ ـ — C.E.F. 16-11-1894. Encyclopedie Juridique
Droit adm, Dalloz, Paris, Vol, 3; P. 5
— C.E.F. 16-7-1856, Encuclopedie Juridique
Droit adm, Dalloz, Paris, Vol, 5; P. 20
— C.E.F. 19-11-1886, Encuclopedie, Juridique
Droit adm, Dalloz, Paris, Vol, 10; P. 22

٣٩ ـ Vedel : Droit adm, 3ed, 1964; P. 189

De laubodère : Traite elementaire de droit adm, Paris, 1953, 6ed, P. 28

De Belmas : La pratique adm, op, cit; — Plantey (Alain) : Traite pratique de la fonction publi que Tom, 1, 2ed, 1963; P. 348

Waline marceil : Manuel elementire de droit adm, Librarie de Recueil Siery, Paris, 1944: P. 16

٤٠ - C.E.F. 30 Mai, 1994, Rec; P. 484

٤١ - C.E.F. 14 Janvier, 1949, Federation Nationale des syndicats d'ingenieurs des Mines, Rev; Dr. Public.

٤٢ - C.E.F. 16 August, 1909, Labon; P. 809

٤٣ - C.E.F. 15 Juillet, 1922, Rev. Dr public, la camus; P. 227

٤٤ - C.E.F. 15 Juin, 1928, Antin, Rec; P. 764

٤٥ - C.E.F. 19 Decembre, 1954, Marquis; P. 469

٤٦ - مجموعة المبادىء القانونية لمحكمة العدل العليا منذ عام ١٩٥٣-١٩٨١ ، مطبوعات نقابة المحامين ، عمان ، باشراف الدكتور حنا ابراهيم نـده .

٤٧ - لاحظنا ان هذه المحكمة اصدرت حكمين يتعلقان بالعرف الاداري ، وسنتعرض الى الحكمين في هذا البحث .

٤٨ - حكم محكمة العدل رقم ٨ لعام ١٩٦٩ ، س١٧ ق ، مجلة المحامين ، عمان عدد ١٥ ، ص٨٧٢ - مجموعة المبادىء القانونية لمحكمة العدل العليا منذ عام ١٩٥٣-١٩٨١ السالفة الذكر ، ص٤١٧ ، وقد جاء في هذا الحكم « التعليمات المتبعة في الجيش والتي لا تجيز الاستغناء عن خدمات الضابط اثناء وجوده تحت المعالجة في المستشفى لم تصدر تطبيقا لقانون او نظام حتى تكون معتبرة » .

٤٩ - د. حنا ابراهيم نده : القضاء الاداري ، مطبعة جمعية عمال المطابع ، عمان ، ١٩٧٢ ، ص٣١ وما بعدها .

٥٠ - محكمة العدل العليا : حكم رقم ٣٠ لعام ١٩٥٥ ، س٣ ، ص٢٤٨ ، مجلة نقابة المحامين ، عدد ٥ - مجموعة المبادىء القانونية لمحكمة العدل العليا منذ عام ١٩٥٣-١٩٨١ ، ص٤١٧، وقد جاء في ذلك قولها « سياسة مجلس الوزراء في تفويض اراضي الدولة في اغوار الكرك هو تفويض الاراضي التي احييت قبل اجراء عمليات التسويات الى من احياها اذا اوصى بذلك مامور التسوية ، او قاضي التسوية ، وان مخالفة هذه القاعدة تستوجب الغاء القرار » .

٥١ - د. حنا ابراهيم نـده : القضاء الاداري ، عمـان ، مطبعة جمعية عمـال المطابع التعاونية ، ١٩٧٢ ، ص٣٦

٥٢ - د. محمد كامل ليله : مبادىء القانون الاداري ، ص٤٣٢

٥٣ - د. ادوار عيـد : القضاء الاداري - دعوى الابطال - دعوى القضاء الشامل ، ج١ ، ١٩٧٥ ، ص٤٥

٥٤ ـ زهدي يكن : القانون الاداري ، ص٨٧

٥٥ ـ د. محمد كامل ليله : مبادىء القانون الاداري ، ص٤٣٤ ـ د. بكر القباني : العرف كمصدر للقانون الاداري ، ص١٧

٥٦ ـ حكم هذه المحكمة الصادر في : ١٩٦٧/٢/١٠ ، الحكم رقم ٢٢، لعام ١٩٦٧

٥٧ ـ د. فؤاد العطار : القضاء الاداري ، دراسة مقارنة لاصول رقابة القضاء على اعمال الادارة وعمالها ، القاهرة ، دار النهضة ، ١٩٦٦ـ١٩٦٧ ، ص١٩

٥٨ ـ د. فؤاد العطار : القضاء الاداري ، ص١٩٧

٥٩ ـ الاستاذ موريس اندريه فلام : مقال بعنوان « عقود الاشغال العامة » ، مجلة ادارة قضايا الحكومة ، القاهرة ، عدد ٤ ، اكتوبر ١٩٥٩ ، س٣ ، ص١٨٩

٦٠ ـ محمد حامد الجمل : الموظف العام ، ط١ ، ص٧٢

٦١ ـ د. صبح بشير مسكوني : مبادىء القانون الاداري الليبي في الجمهورية العربية الليبية ، بنغازي ، المكتبة الوطنية ، ص١٠٢ ـ د. خالد عريم : القانون الاداري الليبي ، بيروت ، دار صادر ، ص٥٦

٦٢ ـ قضاء المحكمة العليا منذ ١٩٥٣ـ١٩٥٨ ، ط٢ ، ج١ ، ١٩٦٧ ، باشراف الشيخ منصور المحجوب ، طعن اداري رقم ٦ ، لسنة ٣ ق

٦٣ ـ Buttgen bach (Andrè): Manuel de droit adm, op, cit; P. 23 etS

٦٤ ـ Stassinopoulos : Traitè des actes adm, op, cit; P. 111

الفصـــل الثـــاني

مقارنة العرف الاداري ببعض الظواهر القانونية

يقدم لنا القانون بعض الظواهر التي تشتبه بالعرف الاداري ، لاسيما لجهة تحقق الركن المادي ـ الاعتياد .

لهذه الأسباب ، فقد وجدت من الضروري ان افرد جهدا لمقارنة هـذه الظواهر بالعرف الاداري .

هذه المقارنة سنجريها مع الظواهر الآتية :

العادات الاتفاقية ـ قواعد المجاملات الادارية ـ الاعراف المكملة لارادة الأفراد ـ الاستعمال المتكرر للترخيص الاداري ـ التسامح الاداري العارض ـ القاعدة القضائية والمبدا القانوني العام .

والمقارنة ـ وهي احد المناهج وطرق البحث في العلوم الانسانية ـ تثري الظاهرة توضيحا وتغنيها تحليلا(١)،وتساعد على وضع الحدود الخارجية لها(٢).

المبحث الأول

مقارنة العرف الاداري بالعادة والعادة الاتفاقية

والفرق واضح بين العادة :usage ، والعادة الاتفاقية: usage conventionelle لأن العادة يمكن ان تقوم على غير الأعمال التعاقدية .

وهذا التفريق له ما يبرره على صعيد القانون الاداري ، حيث القرار الاداري هو الاداة الفعالة لممارسة اختصاصات السلطة العامة(٣) ، والعادة التي يمكن أن تنشأ من خلال القرارات الادارية هي الغالبة الحدوث في الحياة الادارية.

ولقد اشار الفقيه جيني الى هذه الحقيقة بقوله « ان اطلاق العادة الاتفاقية في العادة غير موفق ، والأفضل تسميتها العادة الارادية : usage volontaire التي يمكن أن تنشأ في اطار اي تصرف قانوني »(٤) .

ولا حاجة للتاكيد بان العادة بعد ان تقترن بالركن المعنوي تصبح مسألة من مسائل القانون : quostio juris ، بعكس الحال بالنسبة للعادة التي هي مسألة من مسائل الواقع : quostio facti (٥) .

وبصورة اوضح فالعادة الناشئة من قرارات ادارية أو شروط عقدية ، ليس لها قوة ذاتية : proprio vigor ، وانما تستمد قوتها من مصدر خارجي هو انصراف ارادة الاطراف « الادارة والغير » الى الالتزام بها(٦) .

واستنادا الى العنصر الاتفاقي ، فهذه القاعدة يسودها مبدأ حسن النية ويعمل بها في حدود النظام العام والاداب العامة ، ويستبعد ما يخالفها من قواعد قانونية مقررة ، وباختصار فهي جزء من اتفاق الطرفين ، وتكون ملزمة لهما كسائر محتويات العقد ، ووفقا للمبدا القائل : العقد شريعة المتعاقدين(٧) .

هذا وننوه بأن بعض الفقهاء اطلق على العادة الاتفاقية تسمية « العرف الاتفاقي » ، او العرف المقرر مقابل اطلاق تسمية العرف القانوني على القواعد الملزمة(٨) .

ونعتقد ان هذه التسمية جمعت على صعيد واحد مفهومين ينتميان الى طبيعتين مختلفتين ، فالعرف يستمد قوته من سلطة الادارة ، وبعد أن يستمد قوته منها تصبح له قوة ذاتية تفرض نفسها حتى على الجهة التي اصدرته(٩) ، ومن ثم فالعادة عندما تقترن بالعنصر المعنوي وتصبح قاعدة قانونية توصف بانها عرف ، ولا حاجة للتزيد ووصفها بالعرف القانوني ، والعكس بالنسبة للعادة فمادامت غير ملزمة بذاتها ، فمن الواجب وصفها بالعادة الاتفاقية ، او العادة ، وليس بالعرف الاتفاقي ، ذلك لأن مصطلح عرف يعني القاعدة القانونية الملزمة .

والعادة ــ ولاشك ــ نظام فردي يتحلل الى عناصر زمنية ومكانية ، ويختلف من مركز قانوني الى آخر(١٠) ، والعكس بالنسبة للعرف، فهذه الظاهرة تبتديء بنظام فردي ، ثم تصعد في سلم التدرج حتى تصل الى النظام الموضوعي(١١) ، ولاشك انها لا تقفز فجاة من النطاق الأول الى النطاق الثاني ، ولابد من أن نتصور منطقة تتارجح بين العقد والقانون لجهة الثبات والاستقرار، وهذه المنطقة هي العادة الاتفاقية ، فهي تقع في مركز وسط بين عادات الحياة : usages de la vie ، وبين العرف ، اذ تقترب من العرف في عنصره المادي ، ولكنها تقترب من عادات الحياة في انعدام قيمتها القانونية ، اي انعدام الركن المعنوي(١٢) .

وفي الواقع ان العادة تبتديء بعادة فردية يمليها واقع خاص ، وتدور في الاطار الضيق للارادة الذاتية ، بحيث تتأثر بكثير من المؤثرات ، ولكن بعض هذه العادات يأخذ مع الزمن مظهرا اكثر ثباتا ، وهنا يلد الشرط الجاري : clause de style حيث ينمط التصرف ويفرغ في قوالب ، وشيئا فشيئا ينسلخ هذا التعامل عن الارادة الفردية ليصبح قاعدة موضوعية(١٣) .

وبسبب اقتراب العادة من العرف ، يرى بعض الفقهاء ان العادة تقيم قرينة على وجود اتفاق بين المتعاقدين للأخذ بها وتفرض على المتعاقد ـ انطلاقا من مبدأ حسن النية ـ ان يعلم الطرف الآخر بانه لا يريد الخضوع لها(١٤) .

ونعتقد انه لا يمكن قبول هذا الراي الاخير ، وبالتالي « لا يمكن ان نقيم من العادة حتى مجرد قرينة بسيطة : simple présomption ، الا اذا شكلت ظرفا خاصا يحيط بارادة الأطراف .

والعادة هنا تلعب نفس الدور الذي تلعبه الظروف التي تحيط بنشوء العمل القانوني : مثل ظروف المكان والزمان والغاية من العمل ومركز المتعاقدين وغير ذلك من الشروط »(١٥) .

وعلى ضوء ذلك يمكن التمييز بين اعتياد الادارة على عادة خاصة بها ، وبين عادة أخرى نشأت خارج الادارة ، فهذه العادة لا يمكن أن تفسر ارادة الادارة الا بالتوجه الصريح للأخذ بحكمها ، أما العادة الاولى فمن الممكن أن تعبر عن الارادة الضمنية للادارة « طالما انها اعتادت عليها في موضوع معين أو في منطقة معينة او ضمن ظروف محددة ، أو لم تقم باستبعاد حكمها ، أو لم تقم بتنظيم المسألة التي تحكمها هذه العادة »(١٦) .

ويمكن القول ان الاعتياد على حكم العادة له نتيجتان : فهو ييسر على المتعاملين الأخذ به كشرط شائع ، ودون عناء في صياغته ، أو تحديد مدلوله ومن ناحية اخرى يبرر ويسهل على القاضي الاستدلال عليه بصفته الحكم الذي اتجهت اليه ارادة المتعاقدين(١٧) .

هذا هو الفرق بين العادة والعرف من حيث التكوين ، ولكن ما هي الآثار المترتبة على ذلك .

لقد عني فقهاء القانون الخاص وبالتفصيل في النتائج المذكورة(١٨) .

ونعتقد انه من الممكن التسليم بذلك على صعيد القانون الاداري باعتبار هذه النتائج تقوم على اصول مشتركة تصلح للتطبيق في النظامين المدني والاداري، وهي اصول متفرعة على طبيعة هاتين الظاهرتين ، وعلى كون العرف الاداري قاعدة قانونية ، في حين ان العادة مجرد واقع .

ويمكننا ان نوجز الفرق بين العرف والعادة في الامور الآتية :

١ ـ العرف قانون ، وعلى القاضي ان يطبق قواعده من تلقاء نفسه بمجرد توافر شروط التطبيق ، اما العادة الادارية ، فهي كبند من بنود العقد لا يطبقها القاضي الا بناء على طلب صاحب المصلحة .

٢ ـ العرف الاداري قانون ، ويفترض في القاضى العلم به ، ولا يطلب من الخصم اثباته ، اما العادة فتدخل في نطاق الوقائع ، ويجب على من يتمسك بها اثبات وجودها واتجاه الارادة للأخذ بها .

٣ ـ العرف الاداري قانون ، ولا يمكن لاحد الاعتذار بالجهل به ، اما العادة فلا يجوز تطبيقها عند الجهل بها ، اذ يستحيل نسبة الموافقة الى من يجهل وجودها .

٤ ـ العرف الاداري قانون ، وتراقب محكمة القانون صحة تطبيقه ووجوده ، اما العادة فهي واقع ، ولا رقابة لمحكمة القانون على حسن تطبيقها .

البحث الثاني

مقارنة العرف الاداري بقواعد المجاملات الادارية la regle dite des convenances

« قواعد المجاملات الاجتماعية هي قواعد لا يفرضها قانون او دين او اخلاق ، وانما يجري الاخذ بها كوسيلة لاقامة الصلات الاجتماعية ، والمثال على ذلك يتجلى في تبادل الزيارات والدعوة الى تناول الطعام ، وعيادة المرضى وتقديم الهدايا وغير ذلك »(١٩) .

ووجه الشبه واضح بين هذه القواعد والقواعد العرفية، فكلاهما يتمثل في اعتياد الناس اعتيادا يتسم بالعموم والقدم ، وان كانت قواعد المجاملات لا تقترن بشعور الناس بالزامها(٢٠) .

والحياة الادارية تفرز بعض قواعد السلوك الاجتماعية ، مثل مناداة اصحاب الرتب بعبارة « بك » او « باشا » ، وغير ذلك .

وهذه القواعد لا تختلف في طبيعتها عن قواعد المجاملات الاجتماعية الاخرى لجهة التمتع بالجزاء الأدبي(٢١) ، وان كنا نتصور ــ كما هي الحال في علاقة قواعد المجاملات بالأعراف في القانون الخاص ــ حركة انتقال لبعض قواعد المجاملات الادارية الى دائرة القواعد الادارية العرفية ، وبالمقابل فقد تتحول القواعد الوضعية الى قواعد مجاملات(٢٢) .

ويمكننا ان نضرب مثلا على ذلك بقاعدة المجاملات الادارية المتضمنة قيام الموظف ــ ومن باب الاحترام لرئيسه ــ بلبس الطربوش عند مراجعته له ، وقد ترسخت هذه العادة مع الزمن وتحولت الى قاعدة عرفية مقترنة بايقاع العقوبة التأديبية(٢٣) .

البحث الثالث

مقارنة العرف الاداري بالأعراف المكملة لارادة الأطراف

هذه الأعراف لا تختلف عن الأعراف الآمرة لجهة الركن المعنوي او المادي، وبذلك فهي تطبق على الأفراد سواء علموا أم لم يعلموا بها شريطة ان لا يعمدوا الى استبعاد حكمها(٢٤) .

ولكن هل توجد هذه القواعد في نطاق القانون الاداري ، ام ان قواعد العرف الاداري تخضع لتقسيم خاص ومستقل تفرضه طبيعة القواعد المذكورة .

في الاجابة على هذا السؤال لابد من الاشارة الى ان احد فقهاء القانون الاداري ، اعتبر كافة قواعد القانون الاداري قواعد آمرة ، وقد جاء في ذلك قوله « ان القانون الاداري لا يعرف الا الأعراف الآمرة ، ولا مجال فيه لأعراف مقررة او اتفاقية ، اذ ان جميع القواعد الادارية تعتبر قواعد آمرة »(٢٥) .

واذا كان هذا الراي أضفى الصفة الآمرة على كافة قواعد القانون الاداري فهنالك آراء قصرت هذه الصفة على النصوص الادارية ، وفي ذلك حكمت محكمة القضاء الاداري في مصر بقرارها الصادر في : ١٩٦٥/٥/٨ ، وقد جاء فيه « من المسلم به ان العرف ، وان جاز ان يعدل او يغير من القواعد المفسرة أو المكملة لارادة الطرفين ، فانه لا يجوز ان يخالف نصا آمرا ، والنصوص الادارية جميعها قواعد آمرة لا يستساغ ان ينشا عرف على خلافها »(٢٦) .

هذا واننا نسجل على هذين الرايين الملاحظات الآتية :

١ ـ لقد وصفت هذه القواعد بانها مقررة ، كما وصفت في نفس الوقت بانها اتفاقية(٢٧) ، ويمكن القول انه اذا كان المقصود من الاعراف الاتفاقيـة العادات الاتفاقية فلا شك ان القانون الاداري يعرف مثل هذه العادات .

٢ ـ ان راي محكمة القضاء الاداري جاء في معرض المقارنة بين قوة العرف والنص ، اي ان هذا الراي ورد في سياق محدد من المقارنة ، وبذلك فقد انتهى الى تغليب النصوص بصورة مطلقة على العرف الاداري ، والى تقرير حقيقة مفـادها ان النصوص الادارية جميعها قواعد آمرة دون ان يعمم الحكم على القواعد العرفية .

هذا واذا كان الراي الاول قد تأيد من بعض الفقهاء(٢٨) ، فالمعتقد ان الراي المذكور يتسم بالتعميم وعدم الدقة اذا ما قصدنا ادخال القواعد العرفية في اطار هذا الحكم .

ذلك ان القواعد الادارية العرفية تدور مع ارادة الادارة والافراد ، ولهذا فلا يمكن تقسيمها الى قواعد آمرة واخرى مقررة ، وانما يجب النظر اليها كقواعد خاصة وقائمة بذاتها .

ونظرة بسيطة الى القواعد المقررة يتضح اننا امام نصوص معينة ثم تقوم هذه النصوص بتقرير امكان خروج الافراد عليها .

وبصورة اوضح ، فالنصوص من عمل سلطة تعلو سلطة المخاطبين بها ، وهذه السلطة هي التي تحدد النطاق الذي يترك فيه لارادة هؤلاء السلطان الكامل او الناقص(٢٩) .

اما القواعد الادارية العرفية فتتمثل في قيام الادارة بالالتزام بالقاعدة وقبول الافراد لها ، ومن ثم فهنا يندمج منشؤوا القاعدة بالمخاطبين بأحكامها .

وبصورة اوضح ، ففي القواعد المقررة يستطيع الافراد تنظيم مصالحهم بارادتهم ، ولو اقتضى الامـر الخروج على هـذه القواعد ، ولكنهم بالمقابل لا يستطيعون الغاءه ، والعكس بالنسبة للقواعد الادارية العرفية ، فالادارة او الافراد لا يستطيعون الخروج على تلك القواعد في التطبيقات الفردية ، وبالتالي لا يمكن ـ على صعيد هذه القواعد الجمع بين الخصيصتين المتعارضتين : التزام الادارة بالقاعدة وامكان الخروج في نفس الوقت عليها .

لذلك فجوهر هذه القواعد يكمن في الرخصة او الرضا ، فالرضا هو الذي يلغيها ، والرضا هو الذي ينشؤها ، وهو الذي يعدلها ويفعل بها ما يشاء .

لذلك ، ونظرا لاهمية هذا العنصر في حياة العرف الاداري ، فاننا نرى تسمية هذه القواعد بالقواعد المرخصة(٢٠) .

البحث الرابع

مقارنة العرف الاداري بتكرار الأعمال الادارية القائمة على التسامح

وننوه بأن بعض الفقهاء اجرى هذه المقارنة تحت عنوان « التسامح العارض »(٢١) . ونحن بدورنا نفضل ما قلناه أعلاه ، لان عبارة التسامح تعني التوقيت في التكرار وهي حالة خاصة من حالات التسامح(٢٢) .

والحالات التي تتساهل فيها الادارة في تطبيق القانون كثيرة ، منها : تساهل الادارة في الاجراءات البسيطة ــ في المهل ــ في اشغال الاموال العامة ــ التسامح بدافع الرحمة ــ التسامح بقصد التخفيف من وطأة النصوص ــ التسامح بسبب الظروف الاستثنائية ، وغير ذلك .

ولاشك ان الخروج على تنظيم تضعه النصوص ، يدخل في اطار مخالفة العرف للتشريع ، ومع هذا فقد درسنا هذه الظاهرة بمعزل عن العرف المخالف ، باعتبارها تمثل مظهرا خاصا من مظاهر مخالفة التعامل الاداري للنصوص .

وعلى هذا الأساس ، يمكننا تحديد المقصود من التسامح الاداري بانه التساهل في تطبيق قاعدة قانونية دون الالتزام بالقاعدة الناشئة من التطبيق المخالف للقانون .

والسؤال المطروح هو هل تتحول هذه الظاهرة المتكررة الى عرف اداري . الجواب على ذلك بالنفي(٢٣) ، لسبب بسيط هو ان الادارة تتصرف ، وهي تقصد عدم الالتزام بالعادة .

ولاشك انه قد ينشأ من اعمال التسامح l'acte de tolerance بعض النتائج القانونية ، ولكن ذلك يجب أن يحصر في اطار ضيق ولا يتخطاه الى انشاء نظام قانوني تلتزم به الادارة(٢٤) .

وبالتطبيق لذلك قضت محكمة القضاء الاداري في حكمها الصادر في :

١٩٤٧/١١/٤ ، قالت هذه المحكمة « ان اطراد تسامح الادارة مع الأفراد على نحو معين مخالفا للقانون لا يمكن ان يولد لهؤلاء حقا مكتسبا ، حيث لا ينشأ عرف ملزم على خـلاف القانون ، مهما تكررت الحوادث المماثلة ، او تكررت الحلول لهذه الحوادث »(٢٥) .

وقول هذه المحكمة ايضا « ان اصحاب المحلات العمومية الذين تقع محلاتهم في احياء اصبحت غير جائزة الترخيص لها في بيع المشروبات الروحية فيها ملزمون بتنفيذ احكام هذا القانون ، وما يقتضيه من بيع المشروبات الروحية ، فاذا كانت الادارة قد تسامحت في هذا التنفيذ فارجاته سنة امتدت الى سنوات، فليس هذا يكسب اصحاب المحلات حقا في استعمال محلاتهم لبيع الخمور »(٢٦) .

وقد اكدت المحكمة الادارية العليا هذا المبدأ بقولها « ومن حيث انه على مقتضى ما تقدم يكون نشاط صيارفة البحر مجانبا للقانون ، ويعد الترخيص به مخالفا لاحكام النقد ، فاذا كانت الادارة قد تسامحت في تنفيذ القانون فسمحت لهؤلاء الصيارفة بالعمل رحمة بهم ورغبة في عدم تشريدهم مستهدفة في ذلك التنفيذ التيسير على اهالي بور سعيد ـ نظرا لظروف العدوان ـ فليس من شأن هذا التسامح ان يكسب هؤلاء الصيارفة حقا في مزاولة اعمالهم لمخالفة قانون النقد وتعطيل احكامه »(٢٧) .

هذا ويمكننا ان نسجل على هذه الاحكام الملاحظات الآتية :

١ ـ ان تسامح الادارة قد يتسم بالعرضية والتوقيت ، ولمواجهة حالات معينة بالذات(٢٨) ، ومن ثم فالتكرار يفتقر الى مقوم الركن المادي .

٢ ـ قد يطول التسامح ويمتد الى سنوات ، كما اتضح لنا من حكم محكمة القضاء الاداري السالف الذكر ، ومع هذا فالتكرار لا ينشيء القاعدة العرفية لسبب بسيط هو ان هذا التكرار يفتقر الى جوهر القاعدة العرفية ، الا وهو الركن المعنوي(٢٩) .

البحث الخامس

مقارنة العرف الاداري بالاستعمال المتكرر للسلطة التقديرية

لاشك ان الادارة اذا ما مارست سلطتها التقديرية كلما توفرت اسباب محددة ، فهذا التكرار ينشيء عادة ادارية(٤٠) .

ولكن السؤال المطروح ، هو هل ينشيء هـذا التكرار القاعدة الادارية العرفية . لقد اجابت على ذلك محكمة القضاء الاداري في مصر بالنفي على اعتبار ان هذا التكرار وليد الارادة الذاتية للادارة التي تعني التميز والتنوع ، وهذا ما يستشف من قولها « اذا ثبت ان مجلس الوزراء قد وافق على منح معاش لورثة بعض الضباط على اساس رتبة اعلى من الرتبة التي توفي عليها المورث ، وذلك استعمالا للرخصة الاستثنائية التي منحت له بنص القانون ، فان تكرار استعمال هذه الرخصة حتى في الحالات المشابهة ، لا يخلق بأية حال من الأحوال قاعدة تنظيمية عامة يجب على مجلس الوزراء اتباعها في كل حالة تعرض عليه ، وانما يقدر كل حالة بظروفها ويصدر قراره في شانها حسبما يراه »(٤١) .

هذا واننا نؤيد وجهة النظر هذه ، ولكننا من جهة اخرى نقول انه لا يمكن اطلاق يـد الادارة في استعمال الترخيص الاداري دون القيـود التي تفرضها قاعدة المساواة .

فالادارة لها الحق في أن تقدر كل حالة بظروفها ، بل عليها القيام بذلك ، وهذا الحق هو عين ممارسة السلطة التقديرية ، ولكن ذلك مشروط بقيـام اسباب وظروف خاصة(٤٢) .

اما اذا كانت الحال الجديدة لا تقوم على سبب خاص ، فالخروج على التعامل وليس على العرف ، يعتبر اخلالا بمبدا المساواة وخروجا على القانون .

والظاهر ان محكمة القضاء الاداري اخذت براي مجلس الدولة الفرنسي الذي يفرض على الادارة ــ في الحالات التي تملك فيها سلطة التقدير ــ ان تعمد الى بحث الظروف الخاصة بكل حال ، فاذا هي وضعت معيارا عاما تكون قد خالفت القانون(٤٣) .

وعلى العكس من هذا المسلك ، فالمحكمة الادارية العليا في مصر تشجع الادارة على وضع المعايير العامة عند استعمالها للسلطة التقديرية ، وكل ما في الامر انها تسلط رقابتها على هذه الضوابط ، وهذا ما نلحظه من قولها : « اذا ما وضعت الادارة لاختيارها ضوابط معينة ، فانها يجب ان تلتزمها في التطبيق الفردي ، كما انه يتعين عليها عند وضع الضوابط ان تلتزم بالقوانين نصا وروحا ، فاذا كانت هذه الضوابط تنطوي على مخالفة قاعدة المساواة فان هذه الضوابط تكون غير سليمة »(٤٤) .

وخلاصة ما يمكن قوله في حكم محكمة القضاء الاداري انه صحيح في شقه

المتعلق بعدم نشوء قاعدة تنظيمية ملزمة من تكرار استعمال الترخص الاداري ، اذا لم يقترن هذا التكرار بالتزام الادارة ، ولكن هذا الراي ليس صحيحا ، او على الاقل غامضا فيما يتعلق بفحص ظروف كل حالة .

اذ ـ ولاشك ـ ان التكرارة الجديدة لا تبرر الخروج على المسلك السابق حتى ولو بقي هذا المسلك في حدود العادة ، ما لم تنطو هذه التكرارة على ظرف خاص يميزها من غيرها من السوابق .

ومن جهة اخرى ، واذا كنا نؤيد عدم نشوء قاعدة تنظيمية ملزمة من خلال التكرار الوحد ، فان هذا الراي يجب ان لا يعطى على عواهنه ، والا نكون قد هدمنا البناء الذي يقوم عليه النظام الاداري العرفي .

فالعرف الاداري يقوم على تكرار الاعمال الادارية الفردية ، ثم تستخلص القاعدة والالتزام بها من نظام السوابق الكافي والمعقول(٤٥) ، ومن ثم فما لم يتم دليل آخر يناقض نظام السوابق ، فيبقى هذا النظام الدليل الوحيد على نشوء القاعدة العرفية .

واذا كانت الادارة تستطيع ـ وخلافا للعرف في القانون الخاص ـ ان تتخذ من المواقف ما تدعم نظام التكرار او تزعزعه ، اذا كان الأمر كذلك فان عدم وجود قرينة او موقف خارج التطبيقات الفردية ، يجعلنا نتمسك بهذه التطبيقات بصفتها الدليل الوحيد على نشوء القاعدة ، وعلى وجود ارادة تلتزم بها(٤٦) .

واذا كان التكرار لا ينشيء القاعدة العرفية ، فذلك يعني عدم تحقق التطبيق الفردي الكافي ، وبالعكس فان اهدارنا لنظام السوابق يجعلنا نتجاوز صيغة العرف ونسمح للسوابق ان تتكرر الى ما لا نهاية .

فارادة الادارة من الكوامن ولا يمكن تلمسها الا من خلال الوقائع التي تحيط بها ، وتكرار الادارة المعقول والكافي للحل لا يمكن تفسيره الا بوجود قناعة بالتزام الادارة بالقاعدة المطبقة ، والتكرار في ذاته اقرار وشهادة على هذا القبول(٤٧) .

البحث السادس

مقارنة العرف الاداري مع كل من القاعدة القضائية والمبدا القانوني العام

واول ما يجب الاشارة اليه في هذه المقارنة هو ان العرف والقاعدة القضائية

يتشابهان في أسلوب نشأتهما لجهة الانتقال من المشخص الى المجرد ومن التخصيص الى التعميم(٤٨) ، هذا فضلا عن ان القاعدة القضائية المتكررة تنشيء ما نسميه بالعرف القضائي .

اما المبدا فعلى النقيض من ذلك ، فهو تعبير عن الحاجات العليا ، وعن القيم العامة الراسخة في الضمير العام .

ورغم هذا التباين بين العرف الاداري والمبدا ، فهنالك نقاط تشابه بينهما. « فالتطلعات الخفية : aspiration latent التي تشكل الضمير الوطني قد تكون اساسا للمبدا او لاعتقاد الجماعة في العرف ، والقاضي يقوم بترسيخ العرف ، ونفس الشيء بالنسبة للمبدا ، فهذه التطلعات في حالة خام de brutes ، اذا لم يقم القاضي بمنحها القيمة القانونية »(٤٩) .

هذا ويتفرع على الملاحظات السابقة النتائج الآتية :

١ ــ تتميز القاعدتان العرفية والقضائية بالواقعية والصفة العملية ، وبوضع الحلول للمسائل الجزئية ، اما المبدا فيتميز بالسمو والرفعة والتعبير عن القيم الاساسية والجوهرية للمجتمع(٥٠) .

٢ ــ يتفرع على سمو المبدا انه يتمتع بالاستقرار اذا ما قورن بالقاعدتين القضائية والعرفية ، مع التحفظ بالنسبة للعرف العام الذي هو مظهر الضمير العام ويحمل سماته وخصائصه من الثبات(٥١) .

٣ ــ القاضي وهو يضع المبدا ليس حرا، وانما هو مقيد بقيم المجتمع العليا، وهذه القيم تتسلط عليه بصورة اشد مما تفعله القواعد القضائية(٥٢) .

والحرية نفسها يتمتع بها رجل الادارة عند وضع القاعدة العرفية ، وقد علمنا ان معظم هذه القواعد تعبير عن ممارسة الادارة لسلطتها التقديرية .

هذا ما يتعلق بحرية وضع القاعدة ، اما ما يتعلق بحرية القاضي في مواجهة القواعد الثلاث ، فهي حرية تقع بالنسبة للمبدا في موقع وسط بين العرف والحلول القضائية(٥٣) .

فالقاضي هو الذي ينشيء الحل القضائي من خلال ظروف القضية المعروضة عليه ، بينما يجد العرف امامه كاملا ويطبقه كما وجده ، اما المبدا

فيستخلصه من حقائق موجودة يكتشفها ، ويكون منها قاعدة عامة يطبقها على الحالات المستقبلة(٥٤) .

٤ ـ تختلط المبادىء العامة الى حد ما مع العرف ، فهي مثله تستخلص من العلاقات الاجتماعية ومن التقاليد الموروثة ، ولكنها تختلف عنه لجهة الركن المادي ، فالعرف يتكون من عنصرين مادي ومعنوي ، اما المبدأ فهو وان اشترك مع العرف في الركن المعنوي ، فهو يختلف معه في ركن التكرار ، اذ لا يشترط فيه ان يكون قديما وهنالك بعض المبادىء التي لم يطبقها مجلس الدولة الا مرة واحدة ، ومع ذلك فقد أصبحت من المبادىء العامة للقانون(٥٥) .

٥ ـ على الرغم من هذا التمايز بين هذه القواعد الثلاث ، الا انه يمكن القول ان هنالك صلة فيما بينهما :

فلقد تعرضنا سابقا الى تكرار القاعدة القضائية ، وكيف ان هذا التكرار ينشىء عرفا قضائيا ، كذلك فالقاعدة القضائية كثيرا ما تكون ارهاصا لظهور مبادىء عامة ، والمثال الحي على ذلك يتجلى في مبدأ ضرورة سير المرافق بانتظام واطراد « فهذا المبدأ قرره القضاء عن طريق عدة قواعد قضائية ، مثل قاعدة تحريم اضراب الموظفين ، وقاعدة عدم جواز ترك الموظف للوظيفة قبل البت في استقالته ، كذلك نظرية الظروف الطارئة بالنسبة للعقود التي يبرمها المرفق »(٥٦) .

ونفس الشيء بالنسبة للمبدأ الاداري العرفي الذي من الممكن أن ينشأ من عدة قواعد ادارية ترتبط فيما بينها ببناء منطقي متماسك بحيث نستخلص من هذا البناء قاعدة عليا تحكم كافة القواعد العرفية(٥٧) .

ويمكننا ان نضرب مثلا على ذلك في مبدأ حماية الأموال العامة ، فهذا المبدأ نشأ من عدة قواعد عرفية مثل : قاعدة عدم جواز الحجز على الأموال العامة وقاعدة عدم جواز بيعها او اكتساب ملكيتها بالتقادم ، وغير ذلك .

وعلى هذا الأساس ، فاننا نخالف بعض الفقهاء الذين اعتبروا نظرية الأموال العامة وليدة العرف الاداري(٥٨) ، والأفضل القول ان مبدأ حماية الأموال العامة هو وليد هذا العرف .

الهــوامش

١ ـ د. عبد الحي حجازي : المدخل لدراسة العلوم القانونية ، ص٣٠٤.

٢ ـ د. سليمان الطماوي : النظرية العامة للقرارات الادارية ، ص١٧٤ ـ د. جودت احمد سعاده : مقال بعنوان دور المفاهيم في محتوى منهج الدراسات الاجتماعية ، مجلة الباحث ، بيروت ، السنة الخامسة ، عدد ٢٦ ـ آذار ونيسان ١٩٨٢ ، ص٨٧ ، وهو يرى ان المقارنة تساهم في تشكيل المفهوم العلمي .

٣ ـ د. ثروت بدوي : تدرج القرارات الادارية ـ المقدمة .

٤ ـ Geny : Methodes d'interpretation, op, cit; P. 418

٥ ـ Geny : Methodes d'interpretation, op, cit; P. 419

٦ ـ د. عبد المنعم البدراوي : المدخل للعلوم القانونية ، ص٢١٥

٧ ـ د. سليمان مرقس : المدخل للعلوم القانونية ، ص٢٩٧ ـ د. عبد المنعم البدراوي : المدخل للعلوم القانونية ، ص٢١٢ ، وانظر :

Geny : Methodes d'interpretation, op, cit; P. 419

٨ ـ د. بكر القباني : العرف كمصدر للقانون الاداري ، ص٣٢

٩ ـ د. سمير تناغو : النظرية العامة للعرف ، ص٤٦٣

١٠ ـ د. عبد المنعم البدراوي : المدخل للعلوم القانونية ، ص٢١٨ ـ د. حسن كيره : المدخل الى القانون ، ص٣٥٨

١١ ـ Geny : Methodes d'interpretation, op, cit; P. 421 etS

١٢ ـ د. سمير تناغو : النظرية العامة للقانون ، ص٤٣٦

١٣ ـ Geny : Methodes d'interpretation, P. 412

١٤ ـ د. عدنان القوتلي : الوجيز في الحقوق المدنية ، ص٣٦٧ ، وانظر :

Pache : La coutume en droit privè, op, cit; P. 112

١٥ ـ د. سمير محمد تناغو : النظرية العامة للقانون ، ص٤٣٥

١٦ ـ هذا الحكم مدني ، ونعتقد انه من الممكن الاخذ به على نطاق القانون الاداري ـ انظر في ذلك : د. نعمان خليل جمعه : المدخل للعلوم القانونية ، ص١٨٤

١٧ ـ د. نعمان خليل جمعه : المدخل للعلوم القانونية ، ص١٨٤

١٨ ـ د. عبد المنعم البدراوي : المدخل للعلوم القانونية ، ص٢٢٠ ـ د. سمير محمد تناغو : النظرية العامة للقانون ، ص٤٣٧ ـ د. سليمان مرقس: المدخل للعلوم القانونية ، ص٢٢٠ ، وانظر:
Geny : Methodes d'interpretation, op, cit; P. 425

١٩ ـ د. نعمان خليل جمعه : المدخل للعلوم القانونية ، ص٧٥

٢٠ ـ د. احمد سلامة ، و د. حمدي عبد الرحيم : المدخل لدراسة القانون ، ص٦٦

٢١ ـ د. عبد الحميد حشيش : مبادئ القضاء الاداري ، ص٥٨

٢٢ ـ د. محمد سامي عبد الحميد : اصول القانون الدولي ـ القاعدة الدولية ، ص١١

٢٣ ـ د. سليمان الطماوي : القضاء الاداري ـ قضاء التاديب ، ص٧٩

٢٤ ـ د. نعمان خليل جمعه : المدخل للعلوم القانونية ، ص٨٥

٢٥ ـ د. بكر القباني : العرف كمصدر للقانون الاداري ، ص٣٢

٢٦ ـ مجموعة القواعد التي قررتها هذه المحكمة من نوفمبر ١٩٥٥ ـ ١٩٦٥ للاستاذ ابو شادي ، ج١ ، بند ٤٨ ، ص٢٦٤

٢٧ ـ د. سليمان مرقس : المدخل للعلوم القانونية ، ص٢٩٩ ، وقد رد الخلط بين العرف المقرر والعادة الاتفاقية الى ان العرف المقرر ، سواء نشأ بذاته أو بالاحالة الى النصوص لا يختلف في أثره عن العادة الاتفاقية .

٢٨ ـ د. نعمان خليل جمعه : المدخل للعلوم القانونية ، ص٧١ ، وانظر عكس ذلك ، د. محمد عصفور : مذاهب المحكمة الادارية العليا ، ص٥٤ ، فهو يرى ان روابط القانون العام جميعهـا آمـرة .

٢٩ ـ د. حامد سلطان : القانون الدو لي في وقت السلم ، ص٦٦

٣٠ ـ د. حامد سلطان : القانون الدولي في وقت السلم ، ص٦٦ ، وقد اخذ بهذا التقسيم بالنسبة للقواعد الدولية العرفية .

٣١ ـ د. بكر القباني : العرف كمصدر للقانون الاداري ، ص٣١ ـ د. سليمان الطماوي : الوجيز في القضاء الاداري ، ص٤٩٩ ، وكتابه القضاء الاداري قضاء الالغاء ، ص٨١٩ ـ د. فؤاد العطار : القضاء الاداري ، ص٥٧ ، وكتابه القانون الاداري ، ط٣ ، ص٦٠

٣٢ ـ د. محمود محمد حافظ : القضاء الاداري ـ دراسة مقارنة ، ط٤ ، ١٩٦٧ ، دار النهضة العربية ، ص٢٥ ، وقد سمى هذه الظاهرة « التسامح » دون ان يقرن ذلك بلفظة « العارض » ـ محكمة القضاء الاداري : مجموعة السنة الثانية ، بند رقم ٥ ، ص٢٦ ، وهي ترى ان « التسامح لا يحول العرف الفاسد الى عرف صحيح حتى ان امتد الى سنوات » .

٣٣ ـ د. بكر القباني : العرف كمصدر للقانون الاداري ، ص٣١ ـ د. فؤاد العطار : القضاء الاداري ، ص٥٨ ، وكتابه القانون الاداري ، ط٣ ، ص٦٠

٣٤ ـ Stassinopoulos : Traite des actes adm, op, cit; P. 183

٣٥ ـ الدعوى رقم ٢٦٨ ، السنة القضائية ، تاريخ ١٩٤٧/١١/٤

٣٦ ـ حكمها الصادر في نوفمبر ١٩٤٧ ، المجموعة ، س٢ ، حكم رقم ٦ ، ص٢٦

٣٧ ـ مجموعة هذه المحكمة ، مبدأ رقم ٤٥ ، تاريخ ٢٥ يناير ١٩٦٤ ، ص٥٢

٣٨ ـ محكمة القضاء الاداري : ١٩٥٢/٢/٢٤ ، حكم رقم ٥٤٠ ، لسنة ٦ ق ، مجموعة احكام مجلس الدولة ، س٧ ، ص١٧٨١ ، وقد جاء في ذلك قولها « يجب التمييز بين التسامح العارض الذي يصدر عن الادارةفي حالة معينة ، وبين وضع قاعدة عامة والالتزام بها » .

٣٩ ـ Geny : Methodes d'interpretation, op, cit; P. 364

٤٠ ـ محمد مصطفى حسن : السلطة التقديرية للادارة ، ص٣٢ ، وانظر :
Stassinopoulos : Traite des actes adm, op, cit; P. 158

٤١ ـ مجموعة هذه المحكمة : س١٠ ، حكم رقم ١٠٩ ، ص٩٢

٤٢ ـ Stassinopoulos : Traitè des actes adm, op, cit; P. 215

٤٣ ـ د. مصطفى ابو زيد فهمي : القضاء الاداري ، ط٤ ، ص٥٩٩

٤٤ ـ مجموعة هذه المحكمة ، س٣ ، بند رقم ١٠٦ ، ص٩٧٧

٤٥ ـ د. عبد الفتاح حسن : القضاء الاداري ـ قضاء الالغاء ، ص٣٤٠

٤٦ ـ د. عصام عبد الوهاب البرزنجي : السلطة التقديرية للادارة ، ص٤٨٥ ، وهو يرى ان تكرار السوابق يقيم قرينة على تحقيق الصالح العام ويزيل الصفة الذاتية .

٤٧ ـ د. عبد الحميد متولي : الوسيط في القانون الدستوري ، ١٩٥٦ ، ص١١٤ ، د.محمد عصفور : مذاهب المحكمة الادارية العليا ، ص١٢٠ ، وهو يرى أن ضوابط السلطة التقديرية « حسن الادارة ـ المساواة ـ المعقولية » هذه الضوابط تجبر الادارة على العمل ضمن حدود منطقية فتحول سلطتها الواقعية الى حدود قانونية .

٤٨ ـ د. محمد كامل ليله : مبادىء القانون الاداري ، ص٤٧٤ ـ د. محمود حلمي : القضاء الاداري ، ط١ ، ١٩٧٤ ، ص١٦١

٤٩ ـ Jenneaux (B) : Les principes generaux du droit dans la jurizpudence administrative, op, cit; P. 23

٥٠ ـ د. محمد كامل ليله : مبادىء القانون الاداري ، ص٤٧٤

٥١ ـ عبد الرزاق السنهوري : الوجيز في القانون المدني ، ج١ ، ص٤٠٠ ـ د. محمد عصفور : النظرية العامة للضبط الاداري ، ص١٤٩

٥٢ ـ د. محمد كامل ليله : مبادىء القانون الاداري ، ص٤٧٤ ـ د. محمد عصفور : مذاهب المحكمة الادارية العليا ، ص٢٧٠

٥٣ ـ د. محمد عصفور : مذاهب المحكمة الادارية العليا ، ص٣٧٠

٥٤ ـ د. محمود حلمي : القضاء الاداري ، ط٤ ، ١٩٧٤ ، ص١٦٢ ـ د. خالد عريم : القانون الاداري الليبي ، بيروت ، دار صادر ، ١٩٧٩ ، ص١٤٣

٥٥ ـ د. محمد كامل ليله : مبادىء القانون الاداري ، ص٤٧٥

٥٦ ـ مصطفى احمد الزرقا : المدخل الفقهي العام ، ص٨٤٧ ، وقد تعرض الى دور العرف في توليد الاحكام واطلاقها وتقييدها .

٥٧ ـ د. محمد كامل ليله : مبادىء القانون الاداري ، ص٤٢٤ وما بعدها .

٥٨ ـ زهدي يكن : القانون الاداري ، ص٨٥ ـ محمد حامد الجمل : الموظف العام ، ط٢ ، ص١٤٢٠

الفصـــل الثالث

أأنـــواع العـــرف الاداري

خضعت القواعد القانونية الى عدة تقسيمات :

فقد قسمت الى قواعد جامدة : regles rigides ، والى قواعد مرنة : regles standards .

فالقواعد الاولى هي التي يحدد المشرع عناصرها تحديدا دقيقا ، والعكس بالنسبة للقواعد الثانية(١) .

وقد قسمت القواعد القانونية تبعا لقوتها ، ودرجة التكليف في احكامها « تكليف قطعي او شرطي »(٢) .

وعلى هذا الاساس ، فقد قسم النظام القانوني الى قواعد آمرة او ناهية ، والى قواعد مفسرة أو مكملة لارادة الأطراف .

ولقد أوضحنا صعوبة الاخذ بهذا التقسيم على صعيد القانون الاداري . وتقسم القواعد القانونيـة الى الأعراف المهنيـة ، ثم الى الأعراف المحليـة .

ونعتقد انه لا ضرورة لهذا التقسيم على صعيد القانون الاداري ، لأنه ـ حتى في حال وجود اعراف ادارية تنظم بعض الروابط المهنية ـ ، فهذه القواعد لا تختلف عن غيرها لجهة تكوينها ، ولانه من المتعذر تقسيم الأعراف الادارية حسب مضمونها او الموضوع الذي تنظمه ، وذلك بسبب تعدد أنشطة الادارة وتعدد مجالاتها والمواضيع التي تنظمها .

اما دور المكان فمقصور على سريان القاعدة كما سنوضحه .

وباستقراء الوظائف الاساسية للعرف نرى ان اهم وظيفة له هي علاقته بالقانون(٣) ، ومن ثم فقد وجدت من المناسب عند القيام بأي تقسيم للعرف الاداري ان ناخذ بهذا التقسيم ونراعيه عند الكلام عن انواع العرف الاداري .

وبالاضافة الى ذلك ، فالعرف يقوم بانشاء احكام جديدة ، وبالاستناد الى هذه الوظيفة الانشائية ، فقد راى بعض الفقهاء تسمية هذا النوع من الأعراف بالعرف المنشيء(٤) .

ومع وجاهة هذا التقسيم وقيامه على ما يبرره من الناحية النظرية ، لاسيما وجود بعض الأعراف الادارية التي نشأت بداءة ، وبصورة مستقلة عن التشريع ، على الرغم من ذلك ، فالأفضل السير مع اغلب فقهاء القانون العام والخاص، والأخذ بالتقسيم الذي يضع العرف المكمل في الموقع الاساسي(٥)، دون العرف المنشيء ، لاسيما ان وظيفة اكمال النصوص تنطوي في حد ذاتها على عمل انشائي .

وعلى ضوء الملاحظات السابقة سنقوم بتقسيم الأعراف الادارية الى :

الأعراف المكملة ، ثم الأعراف المنفذة .

وهنالك عادات تتعارض مع النصوص من حيث اهمال تطبيقها أو التعارض معها ، هي ما نسميها بالعادات المخالفة للقانون ، ثم العادات المسقطة لنصوصه .

البحث الأول

العرف الاداري المكمل

يرى بعض الفقهاء ان وظيفة اكمال النصوص هي الوظيفة العامة للعرف(٦) . وعلى الرغم من تحفظنا تجاه هذا الراي ، فان هذه الوظيفة من اهم الوظائف التي يضطلع بها العرف .

هذا وان وظيفة اكمال النصوص في القانون الاداري تثير النقاط الآتية :

المقصود باكمال النصوص ـ حجية العرف الاداري المكمل ـ الحالات التي ينشأ فيها العرف الاداري المكمل .

الفرع الأول

المقصود بالعرف الاداري المكمل

المعروف لدى غالبية الفقهاء ان العرف المكمل هو الذي يسد النقص في

النصوص ، وصورة ذلك « اعتياد الادارة اعتيادا ملزما على تنظيم مسألة من المسائل لم تتناولها النصوص بالتنظيم »(٧) .

ومع هذا فقد وجدنا من يعطي هذا النوع من الاعراف معنى خاصا يختلف عن المعنى الذي اشرنا اليه .

ــ ففي نظر بعض الفقهاء ان العرف المكمل « يمكن ان ياتي بناء على احالة من المشرع مما يجعل منه عرفا معاونا للتشريع ، كما انه قد ياتي من غير هذه الاحالة مما يجعله عرفا قائما بذاته ، وهذا هو الغالب »(٨) .

ــ ويرى فريق آخر ان العرف المكمل ليس الا نوعا من العرف التفسيري ، اذ انــه في الواقع يفسـر سكوت المشرع عن المسائل التي يقـوم ذلك العرف بتنظيمهـا(٩) .

ــ ويرى فريق ثالث ان العرف المكمل هو عرف منشيء(١٠) .

هذا واننا نسجل على هذه الآراء الملاحظات الآتية :

١ ــ العرف مصدر مستقل عن التشريع ، ومن ثم فلا مجال للقول بأن العرف المكمل يمكن ان ياتي نتيجة احالة النصوص(١١) ، اذ ان النصوص لا تحيل في الواقع الا الى العادات لتعوضها نقص الركن المعنوي ، اما الاعراف فلها القوة الملزمة والمستقلة عن اي نص ، ولهذا فقد راى بعض الفقهاء تسمية هذه القواعد بالقواعد التشريعية المفسرة(١٢) ، بل ان السلطة الادارية تمارس بعض الاحيان اختصاصا دستوريا مساويا لسلطة المشرع ، وهذه الولاية هي تسيير المرافق العامة والمحافظة على النظام العام ، ويتفرع على ذلك اعطاء الادارة سلطة اصدار التصرفات الادارية الفردية المقطوعة الصلة بأي نص ، والتي يمكن ان تتكرر فتنشيء العرف الاداري .

٢ ــ من الممكن اعتبار العرف الاداري المكمل عرفا منشئا ، وذلك اذا ما نظرنا الى الموضوع من زاوية استحداث القواعد التنظيمية ، اذ انه من هذه الزاوية لا يختلف عن العرف المنشيء .

ومع هذا فاننا نميل الى تسمية العرف المنشيء عرفا مكملا ، وذلك من باب التغليب اللغوي وبسبب ضآلة الاعراف المنشئة بالمعنى الكامل للانشاء .

ذلك ان الابتـداع الذي يقوم بـه العرف الاداري ليس ابتداعا بالمعنى

الصحيح ، وانما ابتداع من خلال المعطيات التي تقدمها النصوص(١٣) ، وفيما عدا نظرية حماية الأموال العامة ، فلا نكاد نرى اية نظرية ابتدعها العرف المذكور، بل كل ما قدمه لا يتعدى بعض الحلول للمسائل الجزئية والتفصيلية .

الفرع الثاني

الحالات التي ينشأ بها العرف الاداري المكمل

وهذه الحالات هي :

١ ـ **سد النقص في النظام الاداري** : والثغرات المتروكة بدون تنظيم قد يتركها المشرع قصدا ، او توجد نتيجة النقص او عدم الكمال في النصوص ، كما ان الأعراف قد يكمل بعضها بعضا(١٤) .

٢ ـ **التنفيذ العام للنصوص** : « ولا يقصد هنا بالتنفيذ تنفيذ النصوص مادة مادة : acticle by article ، وانما التنفيذ بالمعنى الواسع ، اي بالنظر الى النصوص كمجموعة مترابطة يراد بها حفظ النظام وادارة المرافق العامة وتوفير الضرورات للمحافظة على استمرار الحياة القومية .

وتستمد الادارة اختصاصها المذكور مباشرة من الدستور ، كما انها من اجل تحقيق هذه الغاية تستطيع اتخاذ الاجراءات اللازمة كاصدار اللوائح والقرارات الفردية وابرام العقود »(١٥) .

ونعتقد ان العرف المتكون هنا هو عرف منشيء لاحكام جديدة لان المصدر المباشر لهذه القواعد هو العرف الاداري ، ولاننا لسنا امام تفسير او تطبيق نص معين .

٣ ـ **ممارسة الادارة لاختصاصها العام** : وهذه الحال قريبة الشبه بالحال السابقة ، اذ لسنا امام نص محدد ، وانما امام نص يرسم اهدافا عامة ، ثم تقوم الادارة بممارسة هذا الاختصاص العام .

ولاشك ان المصدر المباشر للقواعد الناشئة هنا هو ارادة الادارة التي تستقل في تحديد مضمون القاعدة دون أن تكون ملزمة بالرجوع الى مادة قانونية معينة .

ويمكننا أن نضرب بعض الامثلة على ذلك في القانون الذي صدر في مصر

برقم ٥١ لسنة ١٩٦٤ والمتعلق بالمؤسسات الصحفية ، والقانون الصادر في الخامس من نوفمبر ١٩٦٦ والخاص بمجالس المديريات .

والملاحظ على هذه النصوص أنها منحت الادارة اختصاصا عاما للنظر في كافة المسائل والاهداف المتعلقة بالجهات التابعة لها .

٤ ـ **في حال الاختصاص المشترك** : والمشرع يقوم هنا بمنح الادارة اختصاصين : عام يمارس من قبل سلطة عليا على مستوى الدولة ، وخاص تمارسه سلطة دنيا(١٦) .

فالسلطة الدنيا لا تستطيع مخالفة القواعد التي تضعها السلطة العليا ولكنها بالمقابل تستطيع ان تتشدد aggraver les mesures في الشروط والاجراءات التي تضعها السلطة العليا ، ومن ثم فالاعراف يمكن ان تنشأ في حدود هذه الاضافات .

الفرع الثالث

حجية العرف الاداري المكمل

لقد نص القانون المدني في كل من مصر وسوريا على احالة القاضي الى العرف ، اذا لم يوجد نص ، وهو الأمر الذي يضفي المشروعية على العرف المكمل ، خلافا لما هو عليه الحال في فرنسا ، حيث لا يوجد في التشريع مثل هذا الحكم ، مما اثار خلافا حول مشروعية العرف المكمل ، ولكن الفقه سارع الى تقرير هذه المشروعية بالاستناد الى الضرورات العملية ، وما تحتمه طبائع الأشياء : la nature des choses (١٧) .

ولقد اقر القضاء الاداري في مصر للعرف الاداري المكمل سلطته في توليد الاحكام والقواعد القانونية ، وتعددت الأقضية في ذلك ، وحسبنا ايراد بعض هذه الاقضية :

ـ حكم المحكمة الادارية العليا الصادر في : ١٩٦٥/٥/٨ ، والذي جاء فيه « ان الاطراد على منهاج معين على خلاف القانون مهما استمر او استقر لا يمكن ان يرفع عن التصرف صفة العمل غير المشروع ، ولا يستساغ ان يتولد عن مخالفة القانون قواعد ملزمة ، ومعنى ذلك ان العرف ـ مهما تكرر ـ لا يمكن ان يكون مصدرا لتعديل القانون أو لالغائه أو لتعطيل نفاذه ، انه لا يمكن ان يكون

ـ حيث يوجد النص ـ الا مصدرا لتفسير هذا النص او لتكملة ما يكون فيه من نقص »(١٨) .

ومن امثلة الأعراف الادارية المكملة :

ـ حكم محكمة القضاء الاداري الصادر في ١٩٥٣/٢/٢٦ ، وقد جاء فيه « ان قضاء هذه المحكمة قد استقر على ان العرف الاداري قد جرى منذ عهد بعيد على تخويل وكيل المديرية حق مباشرة اختصاص المدير أثناء غيابه ، ما لم ينص صراحة على منعه من مباشرتها ، ولما كانت لائحة الترع والجسور قد خلت من اي نص يحرم وكيل المديرية من مباشرة اختصاص المدير في مخالفات الري ، فان حلوله في رئاسة هذه اللجان جائز ولا مخالفة لأحكام القانون » .

وقولها ايضا « اذا كانت الجامعة لم تكتف بالشروط التي تحكمها المادة ٤٣ من القانون رقم ٤٣٥ لسنة ١٩٦٥ ، بل اشترطت في اعلانها عن الوظيفة الحالية ، وهي وظيفة مدرس شرطين لم يردا في القانون الآنف الذكر ، وانما قصدت الجامعة من ذلك تحقيق مصلحة عامة ، وهي تحقيق الخبرة والمران فيمن يشغل وظائف التدريس، فهذه الشروط تعتبر من شروط الصلاحية »(٢٠) .

وقولها ايضا « العرف الاداري الناشيء عن جري الادارة على حظر نقل التلميذ مرتين متتاليتين في عام واحد ، وذلك منذ تنظيم الدراسة في فرق متتابعة يمر بها كل تلميذ في ترتيب تصاعدي »(٢١) .

البحث الثاني

العرف الاداري المفسر

« قد تظهر امام الادارة احيانا الحاجة الى تفسير النصوص الادارية التي يشوبها الابهام والغموض ، فتقوم بتفسير هذه النصوص مع الجري على اتباعه مما ينشيء لدى الادارة في هذا المجال اعتيادا قد يقترن بعنصر الالزام ، فينشأ ما يمكن تسميته مجازا بالعرف الاداري التفسيري : interpretative ، وان كان هذا العرف لو صحت تسميته ، لا يستوفي في الواقع اهم شرط في العرف الاداري ، وهو تعلق هذا العرف بما يدخل في الوظيفة الادارية ، وذلك لعدم اختصاص الادارة اصلا بتفسير التشريع ، هذا بالاضافة الى ان الأعراف الادارية التفسيرية لا تنشيء قواعد قانونية جديدة ، مع العلم ان العرف يفترض اساسا خلق مثل تلك القواعد »(٢٢) .

ويتضح من ذلك ان هذا الراي يشكك في امكان نشوء اعراف ادارية مفسرة رغم توفر عنصر الالزام ، ولهذا كان لابد من التصدي لدراسة هذه الظاهرة وتحديد طبيعتها تحت عنوان « المقصود بالعرف الاداري المفسر » ، ثم نردف ذلك ببحث جانبين من هذا الموضوع هما : هل ينشيء العرف الاداري المفسر قاعدة قانونية ، ثم ما هي القيمة القانونية للعرف الاداري المفسر .

الفرع الأول

المقصود بالعرف الاداري المفسر

يرى احد الفقهاء « ان العرف الاداري التفسيري لا يعدو في الحقيقة ان يكون مجرد تطبيق للقاعدة المكتوبة المشمولة في التفسير »(٢٣) .

وعلى النقيض من ذلك ، فاننا نرى بعض الفقهاء يميزون بين وظيفة التفسير وتطبيق النصوص .

فالتفسير هو تلك العملية الذهنية التي غايتها الاستدلال على حكم القانون من واقع الالفاظ ، او تحديد شرط الفرض في القاعدة ، وبيان حدود الحكم الذي يترتب من واقع الالفاظ ، او هو تحديد شرط الفرض في القاعدة ، وبيان حدود الحكم الذي يترتب عليها ، وفي النهاية هو تحديد معنى القاعدة ، وهذا ما يختلف عن تطبيق القانون وتنفيذه(٢٤) .

والواقع انه من الممكن – وجريا مع قوانين مجلس الدولة المصري(٢٥) – التمييز دون الفصل التام بين التفسير والتنفيذ ، اذ قد يكون لدينا نصوص خفية المعنى ، ثم يقوم العرف الاداري بازالة هذا الغموض من خلال اعمال ادارية تنفيذية ، ومن ثم فهنا يختلط التنفيذ بالتفسير .

وبالاضافة الى ذلك ، فقد يكون لدينا نصوص مجملة واخرى غامضة(٢٦) ، ثم يقوم العرف الاداري بازالة الغموض ، او بتحديد شروط تطبيق هذه النصوص .

ويمكننا ان نضرب مثلا على ذلك بالعرف الاداري الذي استقر في مصر والمتضمن قيام وزارة المالية باصدار كتب دورية بتفسير القرارات العامة الصادرة عن مجلس الوزراء والمتعلقة بالوظيفة العامة(٢٧) ، فالكتب الدورية اكتفت بتحديد معنى النص الغامض ، والتمهيد لاصدار القرارات الفردية .

الفرع الثاني

هل ينشيء العرف الاداري المفسر قاعدة قانونية

جرى معظم الفقهاء على اعتبار العرف المفسر مصدرا من مصادر القانون(٢٨) .

ولكن بعض الفقهاء ـ كما سبق ذكره ـ دمج تفسير النص بتطبيقه ، ومن جهة اخرى ، فقد انكر على العرف المفسر قدرته على توليد الاحكام القانونية ، ففي رايه « ان الأعراف التفسيرية لا تنشيء قواعد قانونية مع ان العرف يفترض اساسا مثل تلك القواعد »(٢٩) .

وبالاضافة الى ذلك ، فان بعض الفقهاء يضع التفسير الاداري جنبا الى جنب مع التفسير التشريعي والقضائي والفقهي ، ولكنه حدد قوته بانه ملزم للادارة دون الافراد(٣٠) .

وفي راينا ان العرف الاداري المفسر مصدر من مصادر القانون ، وهو بهذا الوصف ينشيء قواعد قانونية تتوفر بها كافة مقومات القاعدة الوضعية .

والواقع ان دور الارادة والاختيار واضحين في النشاط الاداري ، فهذا النشاط ثمرة الارادة الانسانية ، وقلما نجد عملا من اعمال الادارة لا ينطوي على قدر من الاستحداث(٣١) .

واذا كانت الادارة في سلطتها التقديرية تتميز بسعة الاختيار والقدرة على الانشاء ، فان عملية التفسير لا يمكن ان ينظر اليها الا على انها خلق ارادي ، وليست مجرد علاقة منطقية او ديناميكية بين القاعدة المفسرة وبين النص المفسر(٣٢) .

وبصورة اوضح ، فالقاعدة القانونية ، التي يضعها النص ، قد تكون غامضة وغير محددة ، ولا يمكن تطبيقها الا بواسطة اداة تجسدها في عالم النفاذ ، وهذه الاداة لا تنشا بصورة آلية ، بل نتيجة اجتهاد وجهد وقدر من الحرية ، ومن ثم فعملية التفسير اذ تتزود بمادة النص وبما تقدمه من مضمون ، فهي في نفس الوقت تنطوي على عنصر انشائي(٣٣) .

وتوضيحا لذلك نذكر على سبيل البيان بان المعنى الخفي هو « اللفظ الذي لا غموض في دلالته على المراد منه ، وانما الغموض في انطباق معناه على بعض مدلولاته ، اما لوصف زائد او ناقص في بعض الافراد »(٣٤) .

واستنادا الى هذا التعريف ، فتحديد الوصف الزائد او الناقص وادخال مدلولات اللفظ في معناه ، هذا الامر لا يتأتى بصورة آلية ، والادارة لا تكرر في الاعمال المفسرة مضمون النص ، وانما تقوم بانتاجه مجددا، وحريتها ان اقتصرت على الاسلوب ، فهي في النهاية حرية موجودة اولا وضرورية ثانيا ، وهذا ما يسمونه بالتفسير الانشائي(٢٥) .

هذا ما يتعلق بعنصر الانشاء في القاعدة المفسرة ، اما ما يتعلق بعنصر الالزام ، فلا نرى موجبا لقصره على الادارة دون الافراد ، لاننا في مثل هذا الحال امام قاعدة من قواعد المرفق الداخلية ذات الاثر النسبي والذي يسري على الموظفين بصفتهم ينفذون اوامر رؤسائهم .

اما اذا تجسد العرف الاداري التفسيري في حالات فردية وتغلغل بين الافراد وحظي بقبولهم ، ولم يكن مخالفا للقانون ، فلا نرى مبررا لاسقاطه من النظام القانوني .

اما الراي الذي يسقط العرف الاداري المفسر من عداد الاعراف الادارية بحجة انه يقوم على الوظيفة الادارية ، وبحجة ان الادارة غير مختصة بتفسير التشريع ، فنعتقد انه لا يمكن الاخذ بهذا الراي على اطلاقه لسبب بسيط ، هو ان السلطة الادارية المكلفة بتنفيذ النصوص ـ وفي حال عدم وجود تفسير تشريعي ـ هذه السلطة تستطيع تفسير النصوص من خلال ولايتها في تنفيذ النصوص(٢٦) .

ولقد اكدت محكمة القضاء الاداري في مصر حجية العرف الاداري المفسر ، وذلك في قرارها الصادر في ١٩٤٧/١١/٤ ، قالت هذه المحكمة « العرف مهما تكرر لا يكون مصدرا لتعديل القانون او لتعطيل نفاذه ، انه لا يمكن ان يكون الا مصدرا لتفسير النص او لتكملة ما يكون فيه من نقص »(٢٧) .

كما ان المحكمة الادارية العليا تعرضت الى حجية هذا العرف ، قالت هذه المحكمة « انما يعتد بالعرف اذا لم يكن ناشئا عن خطأ في فهم القانون »(٢٨) .
ويمكننا ان نضرب بعض الامثلة على الاعراف الادارية المفسرة :

العرف الاداري المتضمن معاملة السودانيين كالمصريين في تولي الوظائف العامة(٢٩) .

ـ العرف الذي فسر عبارة « كل قسم من اقسام المدينة » ، الواردة في

المادة ١٥ من القانون رقم ٥ لسنة ١٩٤١ الخاص بمزاولة مهنة الصيدليات ، على اساس ان كلمة « مدينة » ، تفيد فقط مدن المحافظات دون المديريات(٤٠) .

الفرع الثالث

القيمة القانونية للعرف الاداري المفسر

كيف نحدد القيمة القانونية للعرف الاداري المفسر .

هل نطبق المعيار المادي فنقول ان قوة هذا العرف مستمدة من قوة النص المفسر ، ام نطبق المعيار العضوي فنجعل هذه القيمة محكومة بالركن المعنوي ، اي بارادة العضو الاداري الذي اسبغ على العادة القيمة القانونية .

لاشك ان تحديد طبيعة اي عمل قانوني وتعيين مرتبته ، انما يتم على اساس الجهة التي اصدرته(٤١) .

والواقع ان ارادة العضو الاداري هي التي انشات العرف ، وهي التي تزوده بالقوة القانونية ، وهي القادرة على انهائه ، وفي النهاية فالعرف الاداري يدور مع هذه الارادة وجودا وعدما(٤٢) .

ومن جهة اخرى ، فلا يمكن القول ان العرف الاداري المفسر جزء من النص المفسر ، كما هي الحال في العرف الدستوري المفسر مثلا ، اذ القياس مع الفارق بين العرفين لأن العرف الدستوري يستمد قوته من ارادةالعضو الدستوري(٤٣)، « ارادة الهيئات الحاكمة وارادة الشعب » ، وهي ارادة مساوية للارادة التي وضعت النص الدستوري ، والعكس بالنسبة للعرف الاداري المفسر ، فالسلطة التي تقوم بالتفسير هي سلطة ادارية ، وهذه السلطة ادنى مرتبة من السلطة التي وضعت النص المفسر .

ويترتب على ذلك ان العرف الاداري المفسر ينشأ بتاريخ تحقق العنصر المعنوي ، وليس بتاريخ صدور النص المفسر .

البحث الثالث

العرف الاداري التنفيذي

يرى بعض الفقهاء « ان المشرع كثيرا ما يلجأ الى العرف لتفصيل ما اجمل

ولتفسير ما غمض ولتقديم الضوابط والحدود ، ودور العرف هنا يقترب من دور اللائحة التنفيذية ، ومن ثم يمكن ان نسميه العرف التنفيذي »(٤٤) .

ويتضح من ذلك ان الفقيه المذكور ادخل في مضمون العرف التنفيذي العرف المفسر ، ثم العرف الذي يقوم بوضع شروط تطبيق النص .

هذا واننا نتفق مع الراي السابق لجهة اعتبار التفسير مظهرا من مظاهر التنفيذ ، وان كنا ـ كما سبق تحديده ـ نعتبره مظهرا خاصا وجديرا بأن يعالج بصورة مستقلة .

كما ونتفق معه لجهة اعتبار وضع شروط تطبيق النص حالة من حالات تنفيذه مع اعتبار العرف الذي يقوم بذلك عرفا تنفيذيا .

وبالاضافة الى ذلك فتنفيذ النصوص ، وما يستتبع ذلك من اصدار القرارات الادارية التنفيذية من اهم الوظائف التي تقوم بها السلطة التنفيذية ، وهي في نظر بعض الفقهاء الوظيفة الوحيدة للادارة(٤٥) .

ولقد تعرضنا سابقا الى التنفيذ العام للنصوص ، واعتبرنا الاعراف الناشئة من ذلك اعرافا مكملة، كما اعتبرنا الأعراف الناشئة من تطبيق النصوص مادة مادة ، اعتبرنا ذلك اعرافا تنفيذية(٤٦) .

ولكن ما هي الحالات الاخرى للعرف التنفيذي .

لاشك ان المظهر الواضح لذلك يتجلى في العرف الناشيء من ممارسة السلطة التقديرية ، فالادارة في هذا الصدد تملك القدرة على الاختيار والاستقلال في تحديد مضمون القرار الاداري ، بحيث يمكن ان ننسب هذا العمل الى ارادتها(٤٧) .

ولكن هل هنالك مظاهر أخرى للعرف التنفيذي .

نعتقد ان الادارة في تنفيذها للنصوص تمارس مظاهر متدرجة ومتنوعة من الانشاء ، فهي تتمتع بحريات مختلفة في تحديد وسائل التنفيذ وطرقه ، ومن الخطأ اعتبار السلطة التقديرية المظهر الوحيد للاختيار ، ذلك انه لا تكاد توجد عملية تنفيذ نص قانوني الا وتحتوي على هذه الحرية ، والاغلب ـ كما تقول مدرسة نشوء القواعد القانونية على درجات ـ ان كل عمل قانوني هو

تخصيص للقاعدة العليا السابقة ، وهو مقيد لقاعدة لاحقة ، وهذا التخصيص لا يتم الا باضافة عناصر جديدة الى القاعدة العليا(٤٨) .

ونعتقد ان معيار العرف التنفيذي يتجلى في العمل الاداري الذي يتوسط بين النص والمركز الذاتي(٤٩) ، اما اذا نشأ المركز الذاتي مباشرة من تطبيق النصوص على الواقع ، ودون الحاجة الى عمل اداري ، فنحن هنا أمام مجرد تطبيق للنصوص .

هذا ويمكننا ان ندخل في ذلك الأعراف الادارية القائمة على اعمال ادارية تنفذ النصوص المقيدة : Liée ، فهذه الاعمال ليست اعمالا مادية « بل هي تصرفات قانونية تكشف عن مراكز قانونية فردية، وليست خلقا لها من العدم فهي تمثل التعبير عن ارادة الادارة بما لها من سلطة تنفيذية ، بمعنى ان انتقال الوضع من مجرد ترديد القاعدة القانونية العامة في حالة فردية يخلق واقعا قانونيا فرديا ، ويعد ذلك مركزا قانونيا »(٥٠) .

كما ويمكننا ان ندخل في ذلك الأعراف الادارية القائمة على أعمال ادارية تتضمن وضع شروط تطبيق النصوص ، فهذه الأعراف تواجه نصوصا مرنة تحتاج الى وضع ضوابطها ، فيقوم العرف الاداري بتحديد هذه الضوابط .

والمثال على ذلك يتجلى في العرف الاداري الذي قام بتحديد شرط الصلاحية ، اذ من المعلوم ان هذا الوصف القانوني ذو مدلول عام ، وقد قام العرف الاداري بتحديد المقصود منه بما يتفق مع ملاءمات المرفق العام ، وفي ذلك نطقت محكمة القضاء الاداري بقولها « اذا كانت الجامعة لم تكتف بالشرائط التي تحكمها المادة ٤٣ من القانون رقم ٤٣٥ ، بل اشترطت في اعلانها عن الوظيفة الخالية ، وهي وظيفة مدرس شرطين لم يردا في القانون الآنف الذكر ، وانما قصدت الجامعة من ذلك تحقيق مصلحة مالية ، وهي تحقق الخبرة والمران فيمن يشغل وظائف التدريس، فهذه الشروط تعتبر من شروط الصلاحية »(٥١).

البحث الرابع

العرف المعاون في القانون الاداري

تقسم القواعد القانونية لجهة استقلالها الى قواعد قائمة بذاتها والعكس(٥٢) . ولقد تكلمنا عن بعض هذه القواعد غير المستقلة ، مثل القواعد

العرفية المفسرة ، والمنفذة للقانون . وسنتكلم هنا عن نوع ثالث لهذه القواعد ، وهي القواعد العرفية المعاونة للنصوص .

وصورة ذلك « ان ينظم المشرع موضوعا معينا ، ولكنه يحيل الى العرف او الى العادات للاستعانة بها في تحديد بعض المعايير التي يضعها او للاستهداء بها في تفسير قصد المتعاقدين ولبيان حدود فكرة معينة يفضل ترك تحديدها للعرف ، وبهذا يدعو التشريع العرف الى معاونته »(٥٣) .

وهكذا يتضح الفرق بين العرف المعاون ، وكل من العرف التنفيذي والمكمل . فالعرف المعاون يقوم بتعيين حدود المفهوم القانوني ، ولكن بدعوة من النص ، وليس بمبادرة ذاتية ، كما هي الحال في العرف التنفيذي .

ومن جهة اخرى ، يختلف موقف النص عن كل من العرف المكمل والمعاون ، اذ في الحال الاولى يترك النص الفكرة القانونية المطلوب تحديدها ، بتركها كليا للعرف المكمل ، في حين يقرر في الحال الثانية الفكرة ، ولكنه يستعين بالعرف لوضع حدودها وعناصرها .

هذا ونشير الى اننا لم نطلق على هذا العرف وصف « العرف الاداري » ، وانما العرف المعاون للنصوص الادارية ، لان هذا العرف لم ينشأ من خلال ارادة السلطة الادارية وتعاملها المتكرر ، وانما من مجرد افعال عادية وعادات اجتماعية لا تنطوي في ذاتها على اية قوة قانونية ، ولهذا كان لابد لها من مصدر خارجي يمنحها هذه القوة ويعوضها ما يعتورها من نقص ، وهذا المصدر هو النص .

« وهذه العادات التي يحيل اليها النص ، وان كانت افعالا شخصية ، وليست من قبيل المعاملات والعلائق المدنية والحقوق والتصرفات القانونية ، الا ان لها الاهمية في حياة الناس ، الامر الذي يجعل النصوص تتوجه اليها ، وتستعين بها في تحديد المفاهيم القانونية »(٥٤) .

ويمكننا ان نضرب مثلا على ذلك في المادة ٣ من نظام العاملين المدنيين في الدولة(٥٥) ، فقد فرضت هذه المادة على الموظف ان يحافظ على كرامة الوظيفة ، وفي نفس الوقت احالت الى العرف العام لتحديد مضمون هذا الوصف القانوني العام .

ولا حاجة للقول بان النص هنا آمر ، ولهذا فلا يمكنه ان يحيل الى العادات المحلية ، وانما الى التقاليد العامة الراسخة باعتبارها جزءا من النظام العام .

هذا ونشير الى ان المجموعة المدنية تحتوي على عدد من النصوص التي تحيل الى العادات للاستعانة بها في تفسير نية المتعاقدين ، وتحديد مدى الالتزامات التي ينشئها العقد(٥٦) ، والسؤال الذي يطرح نفسه هنا هو ما مدى انطباق هذه النصوص في مجال القانون الاداري ، وهل ان لهذه القواعد الصفة الآمرة .

الاجابة على السؤال الثاني واضح على اعتبار ان هذه القواعد هي قواعد مكملة لارادة الاطراف ، وبالتالي فمن الممكن استبعاد احكامها كلما تعارضت مع الصالح العام(٥٧) .

ولقد اتيح لمجلس الدولة المصري أن يحدد دور هذه العادات في حكمه الصادر في ٣٠ يونيه ١٩٥٧ الذي نورد بعض فقراته « وقد تكون العبارة مبهمة وتفسرها عبارة وردت في موضع آخر ، كما ان من العوامل الخارجية في تفسير العقد الطريقة التي ينفذ بها ، وتكون متفقة مع ما توجبه حسن النية في تنفيذ العقود ، بحيث لا يقتصر على الزام المتعاقد بما ورد به ، ولكن ما هو من مستلزماته وفقا للعرف والعدالة حسب طبيعة الالتزام »(٥٨) .

وكما قلنا سابقا ، فالقضاء الاداري المصري يهجر النصوص المدنية اذا راى انها لا توصل الى نية المتعاقدين .

وفي هذا الصدد قالت المحكمة الادارية العليا « ان الاستهداء في التعرف على النية المشتركة للمتعاقدين بطبيعة التعاقد ، وما ينبغي ان يتوافر من امانة وثقة بين المتعاقدين ، وفقا للعرف الجاري في المعاملات ليس بقاعدة ملزمة ، وانما تستأنس بها ، وهي في حل من الا تتبعها اذا رات ان اتباعها غير ذي جدوى في الوصول الى نية المتعاقدين »(٥٩) .

كما ان مجلس الدولة الفرنسي طبق هذه المبادىء المدنية في بحثه عن النية المشتركة للمتعاقدين ، وتحديد نطاق الالتزام »(٦٠) .

المبحث الخامس

العرف الاداري المخالف للقانون

« قد تجري الادارة في مباشرة نشاط معين على ما يخالف التشريع مما ينشيء ما يمكن تسميته تجاوزا العرف المخالف للتشريع ، نقول تجاوزا لان

مثل هذا العرف لا يعتبر عرفا بالمفهوم العلمي الصحيح لعدم استيفائه اهم شروط العرف ، وهو عدم مخالفة القانون المكتوب »(٦١) .

والملاحظ ان الراي المذكور قصر مخالفة العرف الاداري للقواعد التشريعية، مع العلم انه كان من واجب هذا الحكم ان يتسع لكل قاعدة قانونية(٦٢) .

وطبعا فهذه المخالفة لا تقتصر على مخالفة القرار الاداري في محله للقانون ، اي في موضوعه ومادته ، وانما من الممكن ان تحمل على المعنى الموسع بحيث تشمل مخالفة القرار في كافة اركانه ، وفقا للأصول العامة ، لاسيما ان القانون هو الذي يحدد قواعد الاختصاص والمظاهر المختلفة لعدم المشروعية(٦٣) .

ومخالفة العادة للتشريع لا تعدو ان تكون مجرد حالة واقعية ، لا يمكن ان ترقى الى سلم المراكز القانونية وتكتسب الصفة الشرعية(٦٤) ، والا فتبرير المخالفة يعتبر مكافاة رسمية لعدم اطاعة الادارة للقانون .

واذا كان فقهاء القانون الخاص يجيزون ان يخالف العرف النصوص غير الآمرة دون ان يلغيها(٦٥) ، فلا مجال لأعمال هذا الحكم بالنسبة للعرف الاداري ، وذلك لتعلق النصوص الادارية بالمصلحة العامة بوصفها نصوصا آمرة .

« وغني عن البيان انه لما كانت الكتب والتعليمات الادارية والمنشورات التي تصدر عن الادارات العامة لا تعتبر من التشريعات ، فانه يمكن القول ترتيبا على ذلك بجواز مجيء العرف الاداري مخالفا لما تقضي به الكتب او التعليمات المشار اليها »(٦٦) .

ولكن ما هي اوجه مخالفة العرف الاداري للقانون .

في الحقيقة من الممكن ان نلخص هذه الصور في الحالات الآتية :

ـ الخطا في تفسير وتطبيق النصوص ـ المخالفة الايجابية ـ المخالفة السلبية .

الفرع الأول

الخطا في تفسير وتطبيق النصوص

ذكرنا سابقاان التنفيذ ذو دلالة واسعة ، فهو ينطوي الى جانب وضع شروط تطبيق النصوص ـ على تفسير الغامض والخفي منها .

ولعلنا نجد تأكيد ذلك في المادة الثامنة من قانون مجلس الدولة المصري رقم ٥٥ لعام ١٩٥٩ ، فقد حددت هذه المادة مخالفة القرار الاداري للقانون بالخطأ في « مخالفة القوانين واللوائح او الخطأ في تطبيقها وتأويلها » .

اما في حال الخطأ في التفسير ، فالادارة لا تتنكر للنص ، ولكنها تحمله على غير معناه الصحيح .

والأصل في تفهم النصوص « ان تحمل الفاظها على ما يقضي به الاصطلاح والعرف القانونيان لا ما تقضي به الأوضاع اللغوية ، لأن المشرع يستعمل عادة في صياغته للنصوص الادارية ، الالفاظ في معانيها القانونية الخاصة لا في معانيها اللغوية العامة »(٦٧) .

وهنالك مظاهر أخرى لمخالفة القانون ، من ذلك ان تقحم الادارة على النصوص شروطا لا تتطلبها القاعدة المطبقة(٦٨) .

وننوه بأن الادارة اذا ما تمتعت بالسلطة التقديرية ، فالقضاء لا يستطيع مراقبة ملاءمة القرار ، اي لا يستطيع ان ينسب للادارة الخطأ في هذا المجال(٦٩) والعكس بالنسبة لحالات التطبيق الأخرى ، فالنصوص لها معنى واحد ، والتفسير القضائي هو المعيار الوحيد للحكم على مشروعية التطبيق مهما كانت جدية التفسير الاداري(٧٠) .

واذا ما اخطأت الادارة في التطبيق وانساقت وراءه ثم شاع الخطأ بين الناس ، فان هذا الاطراد — وبافتراض توافر العنصر المعنوي — لا يشكل قاعدة قانونية عرفية لافتقاره الى شرط اساسي هو المطابقة مع احكام القانون .

ولقد اكدت هذا المعنى محكمة القضاء الاداري في مصر بقرارها الصادر في ١٩٤٧/١١/١٤، قالت « ان الخطأ لا يمكن ان ينشيء قاعدة عرفية مهما استقرت واستمرت الحلول المماثلة »(٧١) .

كما ان المحكمة الادارية العليا اكدت ذلك في حكمها الصادر في ١٩٦٢/٢/٢٤ وقد جاء فيه « ويندرج في ذلك ان العرف الناشيء عن خطأ في فهم القانون لا يمكن التعويل عليه »(٧٢) .

وقولها ايضا « اطراد العمل على مخالفة القانون — بفرض حدوثه — لا

يسبغ الشرعية على المخالفة ، بل تظل رغم ذلك انحرافا ينبغي تقويمه »(٧٣) .

هذا ما يتعلق بالخطأ في حال تفسير أو تطبيق نص معين ، لكن ما هو حكم الخطأ المقترن بالعنصر النفسي ، دون أن نكون في مواجهة نص قانوني .

لقد ضرب لنا الفقيه جيني مثلا على ذلك في عرف الادارة « الخاضع للقانون الخاص » المتضمن السماح للزوجات بقبض الحوالات البريدية دون اشتراط الحصول على موافقة الزوج .

والخطأ المرتكب هنا هو الاعتقاد بوجود لائحة تنظم ذلك ، في حين ان التعليمات الموجودة هي مجرد نشرة داخلية(٧٤) .

ولقد تساءل الفقيه المذكور قائلا : لماذا لا نقبل العادة المقترنة بالخطأ منذ البداية ، اذا ما اقترنت بالركن المعنوي ، مثلها في ذلك مثل خطأ المشرع الذي لا يؤثر على التشريع(٧٥) .

الفرع الثاني

المخالفة الايجابية للقانون

وفي هذه الحال لا تكتفي الادارة بالامتناع عن التطبيق ، وانما تقيم تنظيما قانونيا جديدا يتعارض مع الأحكام القانونية القائمة .

والامثلة على ذلك كثيرة : منها ان تقتصر الادارة في التطبيق على بعض الأشخاص ، او على بعض الحالات ، أو ان توقع على الموظف عقوبة لم يرد بها نص مخالفة بذلك مبدأ شرعية العقاب ، او ان تصدر قرارا بأثر رجعي في غير الحالات التي يجوز فيها ذلك(٧٦) .

والادارة هنا لا تمتنع عن اصدار القرار ، بل تصدره على خلاف القواعد القانونية ، ومن هنا كانت المخالفة الايجابية(٧٧) .

ويمكننا ان نضرب مثلا على ذلك في العرف الاداري الذي اشارت اليه محكمة القضاء الاداري في مصر والذي قالت فيه « ان ما جرت عليه مصلحة الطرق والكباري من اجراء الترقيات الى الدرجة الخالية بالميزانيات ، دون التفرقة بين موظفي الاعتمادات المربوطة وظائفهم على درجات في ميزانية الباب الأول في كشف اقدمية واحدة ، لا يمكن ان يرقى الى قوة القاعدة التنظيمية

الملزمة ، او العرف القانوني الواجب الاتباع ، **وذلك لوجود قواعد تنظيمية** تجري على خلاف ذلك ، ومازال معمولا بها ولم تلغ »(٧٨) .

ولقد صاغت المحكمة الادارية العليا في مصر التزام الادارة بالنصوص القانونية ، صاغت ذلك في صورة مبدأ قانوني ، وهذا ما نلمحه في حكمها الصادر في : ١٩٦٢/٢/٢٤ ، الذي نجتزيء بعض فقراته ، قالت هذه المحكمة « يشترط لاعتبار العرف ملزما للدارة ان يتوافر به شرطان : ١ ــ ان يكون العرف عاما ، وان تطبقه الادارة بصفة دائمة وبصورة منتظمة ، ٢ ــ الا يكون العرف مخالفا لنص قائم »(٧٩) .

الفرع الثالث

المخالفــة السـلبيــة

« الاعتيــاد على عــدم استعمال نص قانوني »

ما المقصود من اسقاط النصوص وعدم اعمالها .

يجيب على ذلك بعض الفقهاء بقوله « ان تجري الادارة العامة قصدا في بعض الأحيان على عدم تطبيق تشريعات معينة مدة طويلة ، رغم توافر ظروف انطباقها ، مما يوجد ما يمكن ان يسمى تجاوزا العرف الاداري السلبي ، وهو العرف الذي يقوم على عدم استعمال بعض التشريعات من جانب الادارة على النحو المتقدم » .

ويتضح مما سبق انــه لا يقصد من اسقاط النصوص احتمال الخروج عليها في بعض التطبيقات ، لانه ما من قاعدة الا ويفترض الخروج عليها ، وانما يقصد من ذلك اهمال تطبيقها اهمالا كاملا(٨٠) .

والسؤال الذي يطرح نفســه وهو ، هل ان القاعدة تحتفظ بصحتها رغم فقدانها لكامل فعاليتها .

في مواجهة هذه المشكلة توجد ثلاث نظريات : الاولى وتذهب الى المطابقة بين الفعالية والصحة ، والثانية وترى الفصل بينهما ، والثالثة وتذهب الى عدم المطابقة بينهما مع اعتبار الفعالية شرطا من شروط الصحة .

« أما النظرية الأولى ــ وهي النظرية الواقعية ــ فترى ان القاعدة التي فقدت فعاليتها هي قاعدة غير صحيحة وغير موجودة .

ذلك ان حياة القانون في تنفيذه ، والقانون الذي لا ينفذ هو قانون ميت ، ومن ثم فالوجود والفعالية لا ينفصلان .

اما النظرية الثانية ــ وهي النظرية المثالية ــ فتعتمد على حجة منطقية مؤداها ان القاعدة القانونية ، وهي قاعدة تقويمية تفرض حكما معينا ، ولا يؤثر على وجودها أو صحتها عدم استجابة الافراد لحكمها ، والقول بغير ذلك من شأنه أن تصبح صحة القاعدة متوقفة على مسلك المخاطبين بحكمها ، وهذا يعتبر مكافاة على مخالفتهم للقانون .

ومع الافتراض بأن الخروج بلغ درجة الاجماع ، فان اقصى ما يمكن ان يصل اليه هذا الاجتماع ان يصبح عرفا ، والعرف لا يمكن أن يلغي التشريع .

اما النظرية الثالثة ، فترى ان الصحة شيء والفعالية شيء آخر ، والدليل على ذلك ان الصحة تسبق دائما الفعالية ، وان القاعدة تكون صحيحة قبل ان يتاح لها أية فرصة من التطبيق .

وهذه النظرية ان كانت لا تخلط بين الصحة والفعالية ، الا انها تعتبر الفعالية شرطا من شروط الصحة ، وبمقتضى ذلك انه اذا فقدت القاعدة فعاليتها بصورة مطلقة فانها تفقد صحتها على خلاف ما اذا فقدت جزءا من هذه الفعالية »(٨١) .

والراي السائد ان النصوص لا تتلاشى او تذبل la loi no vueillissement pas لأن هذا الاعتياد مجرد موقف مادي او واقعي لا يرقى الى مرتبة العمل القانوني(٨٢) .

هذا هو رأي الغالب ، وان كان بضهم يستثني لوائح البوليس بقوله ان هذه اللوائح تنظم حالات كثيرة الوقوع في الحياة اليومية ، وان عدم تطبيقها يؤدي الى نسيانها ، وهو الأمر الذي يستوجب اعتبارها ملغاة من باب المدالة(٨٣) .

ونعتقد انه لا مانع من تطبيق هذه الأصول على صعيد القانون الاداري باعتبارها نابعة من جوهر القانون ، وان كانت هنالك أسباب ودواع تفرضها طبيعة الروابط الادارية ، وفي طليعتها ا ن النصوص تخاطب الادارة ، وانه

لا يجوز لهـذه الادارة الخروج على اختصاصها ، ممـا يعتبر خروجـا على الأصول الدستورية(٨٤) .

ولقد اتيـح للقضـاء في مصـر ان ينكر على العرف قدرته على اسقاط النصوص ، وفي ذلك قالت محكمة مصر الابتدائية « لا مجال للقول ان قانون المطبوعات قد سقط بعدم الاستعمال لأن القانون لا يلغي صراحة أو ضمنا الا بقانون ، ولا يبطل بعدم العمل به مهما طالت المدة ، بل ولا بالعمل على نقيضه لأن الحكومة مكلفة بتنفيذ القوانين ، ولا يمكن ان يكون بيدها ابطالها ، وهي لم تصدر عنها ، بل ان السلطة التشريعية التي اصدرت القانون ، هي وحدها التي تملك ابطاله ، ولا يمكن التسليم بأن السلطة التشريعية تصدر القانون ، ثم تأتي السلطة التنفيذية فتمتنع عن تنفيذه ، فذلك معنـاه اشتراك السلطة التنفيذية في التشريع ، وهو يتنافى مع مبدأ الفصل بين السلطات »(٨٥) .

ولقد اتيح للقضاء في سوريا ان يعطي رايه في ذلك قال « تراخي الزمن على عدم ترجمة هذا النص الى تدابير تنفيذية من شأنه ان لا يسقطه من الاعتبار او يشل فعاليته الا بنص صريح في القانون »(٨٦) .

ولكن اذا كان القانون لا يموت مهما عتم عليه الزمن ، فهو كأية ظاهرة حية يتعرض للهرم والشيخوخة ، ولاشك ان الناس معذورون اذا لم ينظموا سلوكهم بالنسبة للقانون المتروك ، كما انه من غير العدل ان نقوم بمفاجأة الناس بقانون غمره النسيان .

وعلى هذا الاساس يرى بعضهم « اعتبار النص موقوفا طوال المدة التي اسقط فيها مع عدم تطبيقه على المخالفات المرتكبة اثناء تلك المدة ، بل يجب التنبيـه الى اعتزام العـودة اليـه مستقبلا ، وقصـر تطبيقه على ما يقـع بعـد ذلك »(٨٧) .

ونعتقد ان هذا الحل منطقي ، ويحقق التوازن بين الاتجاهين المتعارضين ، اذ يحافظ على بقاء القانون ، ومن جهة اخرى لا يتجاوز قوة الواقع ، بل يرتب النتائج العادلة والمعقولة على فترة التوقف والانقطاع .

الهوامش

١ ـ د. حسن كيره : المدخل الى القانون ، ص٢٥٠

٢ ـ د. عبد الحي حجازي : المدخل لدراسة العلوم القانونية ، ص٢٢٣ ـ د. عبد المنعم البدراوي : المدخل الى العلوم القانونية ، ص٥٦

٣ ـ د. عبد الحي حجازي : المدخل لدراسة العلوم القانونية ، ص٤٩٤

٤ ـ د. عبد الفتاح حسن : النظام الدستوري في الكويت ، ص٥٩ ـ د. عبد الحي حجازي : المدخل لدراسة العلوم القانونية ، ص٢١١

٥ ـ د. ثروت بدوي : النظام الدستوري العربي ، ص٦٠ ـ د. بكر القباني : العرف كمصدر للقانون الاداري ، ص٥٧ ـ د. عبد الحي حجازي : المدخل لدراسة العلوم القانونية ، ص٢٢٨ ـ د. رمزي الشاعر : النظم السياسية والقانون الدستوري ، ص١٧٥

٦ ـ د. عبد الحي حجازي : المدخل لدراسة العلوم القانونية ، ص٢٣٢

٧ ـ د. بكر القباني : العرف كمصدر للقانون الاداري ، ص٥٨

٨ ـ د. بكر القباني : العرف كمصدر للقانون الاداري ، ص٥٨

٩ ـ د. ثروت بدوي : النظام الدستوري العربي ، ص٧٠ ـ د. محمد كامل ليله : مبادىء القانون الاداري ، ص٤٤ ، وانظر :

Lefebvre : La coutume comme source de droit Français, op, cit; P. 82

١٠ ـ د. عبد الفتاح حسن : القانون الدستوري الكويتي ، ص٢٦ ـ د. عبد الحي حجازي : المدخل لدراسة العلوم القانونية ، ص٦٠

١١ ـ د. سمير تناغو : النظرية العامة للقانون ، ص٤٣٢

١٢ ـ د. سمير تناغو : النظرية العامة للقانون ، ص٤٣٣

١٣ ـ مقال كوتسونس : العادة في القانون الكنسي ، ص٨٠ ، فهو يرى ان استقلال العرف امر نسبي ، فهو لايزال يدور في فلك التشريع ويتحرك في مجالاته : with the legal space وعلى ضوء نظرياته : in the realm of the legal twilight

١٤ ـ د. عبد الحي حجازي : المدخل لدراسة العلوم القانونية ، ص٤٠

١٥ ــ د. محمد كامل ليله : مبادئ القانون الاداري ، ص٣٠١ ، وقد ضرب مثلا على ذلك في الامر الصادر في ١٩٤٠/١٠/١١ ((وهو يعد قانونا)) ، وقد اريد به علاج أزمة المساكن في فرنسا ، واضطرت الادارة في سبيل تنفيذ هذا القانون الى اصدار بعض القرارات الفردية .

١٦ ــ De laubadère : Traitè de droit adm, 6ed, op, cit; P. 570
Rolland : Droit adm, op, cit; P. 228

١٧ ــ د. بكر القباني : العرف كمصدر للقانون الاداري ، ص٤٧ ، وانظر :
Valette : Du rôle de la coutume, op, cit; P. 174, 179

١٨ ــ مجموعة المبادئ القانونية لهذه المحكمة ، س١٠ ، الطعن رقم ١٤٦٢ ، ص٢١٩

١٩ ــ مجموعة هذه المحكمة ، السنة السادسة ، حكم رقم ١٨٨ ، ص٥٥٤

٢٠ ــ الدعوى رقم ٢٦٨ لسنة ١٩٥١ ، وحكمها الصادر في ١٩٥٩/٥/٢٨ ، الدعوى رقم ١٦٧٤ لسنة ٦ ق

٢١ ــ جلسة ٨ يناير ١٩٤٨ ، السنة ٥ ، حكم رقم ٩ ، ص٥٩

٢٢ ــ د. بكر القباني : العرف كمصدر للقانون الاداري ، ص٥٧

٢٣ ــ د. بكر القباني : العرف كمصدر للقانون الاداري ، ص٥٨

٢٤ ــ د. عبد الحي حجازي : المدخل لدراسة العلوم القانونية ، ص٥١٠ ، فهو يرى ان مسالة التطبيق لا تثار الا بالنسبة للنص الواضح ، اما النص الغامض فهو يحتاج الى التفسير ــ د. عبد الرحمن الصابوني ــ مذكرات في مصادر التشريع الاسلامي وطرق استنباط الاحكام ، حلب ، مديرية الكتب الجامعية ١٩٦٥ــ١٩٦٦ ، ص١٦٤ ، فهو يرى ان النصوص غير الواضحة تنقسم الى قسمين : الخفية ، وتحتاج الى التفسير ، والمجملة وتحتاج الى التطبيق .

٢٥ ــ المادة ٨ من قانون مجلس الدولة رقم ٥٥ لسنة ١٩٥٩ ، وقد تكلمت عن الخطا في تطبيق القوانين وتاويلها .

٢٦ ــ د. عصام البرزنجي : السلطة التقديرية للادارة ، ص١٥٤ ، فهو يفرق بين النصوص الغامضة والنصوص ذات المعنى الواسع .

٢٧ ــ محمد حامد الجمل : الموظف العام ، ط٢ ، ص١٦١٤

٢٨ ــ د. فؤاد العطار : النظم السياسية والقانون الدستوري ، القاهرة ، ١٩٦٥ــ١٩٦٦ ، دار النهضة العربية ، ص٢٣٦ ــ د. عبد الحي حجازي : المدخل لدراسة العلوم القانونية : ص٤٥٦ ــ د. ماجد راغب الحلو : القضاء الاداري ، ١٩٧٧ ، الاسكندرية ، دار المطبوعات الجامعية ، ص٢٣

٢٩ ـ د. بكر القباني : العرف كمصدر للقانون الاداري ، ص٥٨

٣٠ ـ د. عدنان القوتلي : الوجيز في الحقوق المدنية ، ص١٧٥

٣١ ـ د. محمد عصفور : نظرية الضبط الاداري ، ص٢٥

٣٢ ـ د. احمد كمال ابو المجد : الدور الانشائي للقضاء الاداري بين المذاهب الشكلية والموضوعية ، مجلة القانون والاقتصاد ، السنة ٣٢ ، عدد ٢ ، سنة ١٩٦٢ ، ص٤٣٧

٣٣ ـ د. عصام البرزنجي : السلطة التقديرية للادارة والرقابة القضائية ، القاهرة ، دار النهضة العربية ، ١٩٧١ ، ص٣١٩ و ١٤٧ ، فهو يرى أن ازالة غموض النص لا يتم الا بادخال عنصر شخصي ـ د. محمد مصطفى حسن : السلطة التقديرية في القرارات الادارية ، ١٩٧٤ ، القاهرة ، مطبعة عاطف ، ص٢٤١

٣٤ ـ د. عبد الرحمن الصابوني : مصادر التشريع الاسلامي ، ص١٦٤

٣٥ ـ د. عصام البرزنجي : السلطة التقديرية ، ص١٤٧ و ١٥٣ و ١٥٤ ، وفي رأيه ان التفسير هو اعادة صياغة النص . وانظر :

Stassinopoulos : Traitè des actes adm, op, cit; P. 174

٣٦ ـ د. ثروت بدوي : النظرية العامة للنظم السياسية ، ج١ ، ١٩٦٤ ، دار النهضة العربية ، ص٢٨٣

٣٧ ـ الدعوى رقم ٢٦٨ لسنة ١٩٥١ ، وحكمها الصادر في ١٩٥٩/٥/٢٨ ، الدعوى رقم ٦٧٤ لسنة ٩ ق

٣٨ ـ مجموعة هذه المحكمة : السنة السابعة، مبدأ رقم ٥٤١، جلسة ١٩٦٢/٢/٢٤ ،ص٣٥٥

٣٩ ـ مجموعة احكام السنة ٨ ، الدعوى رقم ١٢ لسنة ٧ ق ديسمبر ١٩٥٣

٤٠ ـ مجموعة مجلس الدولة لاحكام القضاء الاداري ، القضية رقم ٢٩٧ لسنة ٤ ق ، ص٧٩١ جلسة ١٩٥١/٣/٢٧ ، س٥

٤١ ـ د. ثروت بدوي : تدرج القرارات الادارية ومبدأ الشرعية ، ص١٠١

٤٢ ـ د. سمير تناغو : النظرية العامة للقانون ، ص٤٣٢ ، والتدرج محكوم عنده بالركن المعنوي .

٤٣ ـ د. ثروت بدوي : النظام الدستوري العربي ، ص٨٥

٤٤ ـ د. نعمان خليل جمعه : المدخل للعلوم القانونية ، ص١٨٧

٤٥ ـ Stassinopoulos : Traitè des actes adm, P. 19

٤٦ ـ د. محمد كامل ليله : مبادىء القانون الاداري ، ص٢٠٦

٤٧ ـ د. سمير تناغو : القرار الاداري منشيء للحق ، الاسكندرية ، منشاة المعارف ، سنة ١٩٧٢ ، ص١٩ ـ د. سليمان الطماوي : النظرية العامة للقرارات الادارية ، ص٤٧ ، وقد ربط بين السلطة التقديرية والقرارات المنشئة ، وانظر :

Stassinopoulos : Traitè des actes adm, P. 156

وقد ضرب الامثلة على استقلال الادارة في تحديد المقصود من : الصحة العامة ـ المصلحة العامة ـ الموظف الاكثر كفاءة .

٤٨ ـ د. احمد كمال ابو المجد : الدور الانشائي للقضاء الاداري ، مقالة السالف الذكر المنشور في مجلة القانون والاقتصاد ، وقد اشار الى ان عملية التوالد لا تتم بصورة آلية .

٤٩ ـ Stassinopoluos : Traitè des actes adm, P. 81 etS

٥٠ ـ محمد حامد الجمل : الموظف العام ، ط٢ ، ص١٦٧٧

٥١ ـ مجموعة هذه الحكمة ، سنة ١٠ ، حكم رقم ١٤ ، ص١١٨

٥٢ ـ د. عبد الحي حجازي : المدخل لدراسة العلوم القانونية ، ص٢٢٧

٥٣ ـ د. عبد المنعم البدراوي : المدخل للعلوم القانونية ، ص٣٣٣

٥٤ ـ مصطفى احمد الزرقا : المدخل الفقهي العام ، ص٨٥٤ ، وانظر :

Stassinopoulos : Traitè des actes adm, P. 184 etS

فهو يرى ان النصوص يجب ان تفسر بالتجربة العامة واليومية .

٥٥ ـ القانون رقم ٤٦ لعام ١٩٦٤

٥٦ ـ المادة /١٤٩/ مدني سوري المتعلقة بمستلزمات العقد والمادة /١٥١/ مدني سوري المتعلقة بالنية المشتركة للمتعاقدين .

٥٧ ـ د. سليمان الطماوي : الاسس العامة للعقود الادارية ، ـ دراسة مقارنة ، ط١ ، ١٩٦٥ ، دار الفكر العربي ، ص٤١٢

٥٨ ـ مجموعة محكمة القضاء الاداري : ٣٠ يونيه ١٩٥٧ ، القضية رقم ٥٨٣ لسنة ٧ ق

٥٩ ـ مجموعة المحكمة الادارية العليا : ٢٣ يونيه ١٩٦٢ سنة ٧ ق ، ص ١١١٠

٦٠ ـ حكمه في ٢ يونيه ١٩٤٦ ، قضية : galopin ، مجلة القانون العام سنة ١٩٥٠ ، ص٢٢٧

٦١ ـ د. بكر القباني : العرف كمصدر للقانون الاداري ، ص٦٠

٦٢ ـ د. سليمان الطماوي : القضاء الاداري ـ قضاء الالغاء ، ص٨٢٩ ، وكتابه قضاء التعويض ، ص٤٨٦

٦٣ ـ د. سليمان الطماوي : القضاء الاداري ـ قضاء التعويض ، ص٤٨٦ ، وانظر :
De laubadére : Traitè de droit adm, 6ed, op. cit; P. 241

٦٤ ـ د. ثروت بدوي : النظام الدستوري العربي ، ص٧٩

٦٥ ـ د. سليمان مرقس : المدخل للعلوم القانونية ، ص٢٣٤

٦٦ ـ د. بكر القباني : العرف كمصدر للقانون الاداري ، ص٦٣

٦٧ ـ د. عبد الفتاح حسن : القضاء الاداري ـ قضاء الالغاء ، ص٣٥١

٦٨ ـ د. سليمان الطماوي : النظرية العامة للقرارات الادارية ، ص٦٨٢

٦٩ ـ Stassinopoulos : Traitè des actes adm, op, cit; P. 152

٧٠ ـ د. عبد الفتاح حسن : القضاء الاداري ـ قضاء الالغاء ، ص٢٥١

٧١ ـ مجموعة احكام هذه المحكمة : الدعوى رقم ٨ لسنة ١ ق ، س٢ ، ص٢٩

٧٢ ـ مجموعة المحكمة الادارية العليا : س٧ ، مبدأ رقم ٤٢ ، ص٣٥٥

٧٣ ـ مجموعة المحكمة الادارية العليا : ١٩٦٥/٥/٨ ، مبدأ رقم ١١٦ ، ص١٢١٩

٧٤ ـ Geny : Methodes d'interpretation, op, cit; P. 412

٧٥ ـ Geny : Methodes d'interpretation, op, cit; P. 69

٧٦ ـ د. عبد الفتاح حسن : القضاء الاداري ـ قضاء الالغاء ، ص٣٥٢

٧٧ ـ د. عبد الفتاح حسن : القضاء الاداري ـ قضاء الالغاء ، ص٢٥٢

٧٨ ـ جلسة ١٧ يناير ١٩٥٧ ، المجموعة ، س١١ ، حكم رقم ١٠٦ ، ص١٥١

٧٩ ـ جلسة : ١٩٦٢/٢/٢٤ ، المجموعة ، س٧ ، مبدأ رقم ٤٢ ، ص٣٥٥

٨٠ ـ Dabin : Theorie generale du droit, op, cit; P. 37

٨١ ـ د. سمير تناغو : النظرية العامة للقانون ، ص٦٨ وما بعدها .

٨٢ ـ د. رمزي الشاعر : النظم السياسية والقانون الدستوري ، ص١٧٤ ـ د . طعيمة الجرف : القانون الاداري ، القاهرة ، ١٩٧٨ ، ص٦٣ ـ محمد حامد الجمل : الموظف العام ، ط٢ ، ص١٤٢١

٨٣ ـ د. سليمان مرقس : المدخل للعلوم القانونية ، ص٢٨١ ـ د. بكر القباني : العرف كمصدر للقانون الاداري ، ص٦٤

٨٤ ـ د. بكر القباني : العرف كمصدر للقانون الاداري ، ص٦٥

٨٥ ـ جلسة : ١٩٢٧/٤/١٧ ، مجلة المحامين عدد ٢ « نوفمبر ١٩٢٧ » ، قاعدة رقم ١٠١ ، ص٢٠٥

٨٦ـ مجلة المحامين ، دمشق ، عدد ١و٢ لعام ١٩٦٩ ، حكم محكمة القضاء الاداري، رقم.٣٦

٨٧ ـ د. سليمان مرقس : المدخل للعلوم القانونية ، ص١٧٧

القسم الثاني

في تطبيق القاعدة الادارية العرفيـــة

تكلمنا عن شروط العرف الاداري ، وهذه الشروط ــ ولاشك ــ تتعلق بتكوين القاعدة العرفيـــة ووضعها في حـــال السكون ، اي في حال الوضـع القانوني المجرد .

ولاشك انه اذا ما نشأت هذه القاعدة ، فأول ما يثار تطبيقها في العمل ، اي دراسة حركتها في عالم الواقع .

ويرى احد الفقهاء ان البحث في تطبيق القانون ليس له اهميته بالنسبة للعرف ، والعكس بالنسبة للتفسير(١) .

ونعتقد ــ مع بعض الفقهاء ــ ان القواعد المتعلقة بتطبيق العرف لهـا دورها واهميتها ــ وان كانت لا تطرح بنفس القـوة التي تطرح بها القواعد المكتوبة ، والمسألة تتعلق بتعقيـد التطبيـق والظروف الخاصـة بـه اكثر ما تتعلق بوجوده(٢) .

هذا وسنفرع على هذا القسم ثلاثة ابواب نتكلم في الباب الاول عن نطاق تطبيق القاعدة الادارية العرفية ، ثم نتكلم في الباب الثاني عن دور القضاء في مجال العرف الاداري، على ان نتكلم في الباب الثالث عن مجالات العرف الاداري.

---

١ ــ د. عبد المنعم البدراوي : المدخل للعلوم القانونية ، ص١٦٢

٢ ــ د. حسن كيره : المدخل الى القانون ، ص٢٣٦

الباب الاول

نطاق تطبيق القاعدة الادارية العرفية

سنحاول في هذا الباب تحديد نطاق تطبيق القاعدة الادارية العرفية ، وهذا التحديد يثير المواضيع الآتية :

ـ تحديد نطاق التطبيق بالنسبة للمخاطبين بالقاعدة ، وذلك لمعرفة ما اذا كانت القاعدة العرفية تسري على جميع الأفراد ، وفي جميع الادارات العامة أم في بعضها .

ـ تحديد نطاق التطبيق من حيث الزمان ، وذلك بالتساؤل عن كيفية انهاء سريانها وطريقة حل التنازع بين القواعد العرفية المتعاقبة .

ـ تحديد نطاق التطبيق من حيث المكان الذي تسري فيه القاعدة .

الفصل الاول

نطاق تطبيق القاعدة العرفية من حيث الاشخاص

القاعدة القانونية خطاب موجه من سلطة تملك التكليف الى الأشخاص اصحاب العلاقة(١) .

ومن المعلوم ان لكل نظام قانوني أشخاصه الذين تخاطبهم قواعده ، فترتب لهم الحقوق وتفرض عليهم الالتزامات ، وهـو ما يسمى بالولاية الشخصية للقاعـدة(٢) .

ويمكن القول انه لا توجد في النظم القانونية اشخاص بطبيعتها ، وانما بالقدر وبالحدود التي يقررها كل نظام عن طريق تعيين من له الاستمتاع بالحقوق ومن عليه اداء الالتزامات(٣) .

ونعتقد ان التعرف على اشخاص العرف الاداري يجب ان ينطلق مـن التصرف الفردي المنشيء للعرف ، ومن ثم فأشخاص التصرف الفردي هم اشخاص القاعدة العرفية باعتبار ان العرف امتداد لهذا التصرف .

والملاحظ ان اغلب الأعراف الادارية توصف بالخصوصية لانها تنشأ في اطار سلطة ادارية واحدة وتتوجه الى عمال هذه السلطة او المنتفعين بخدماتها او المتعاملين معها(٤) .

ويمكننا ان نضرب مثلا على ذلك بالعرف الاداري الذي نشأ في جامعة فاروق المتعلق بوضع شروط توظف اعضاء هيئة التدريس(٥) .

ولعل ندرة الأعراف الادارية الشاملة ـ على ما لاحظناه وسنلاحظه في القسم التطبيقي من هذه الرسالة ـ مرده ان العرف الاداري كثيرا ما ينشأ في اطار السلطة الادارية ، وهو محكوم بظروفها وغاياتها ، اما المصالح المشتركة للسلطات الادارية المختلفة ، فكثيرا ما يعبر عنها التشريع .

ويمكننا ان نضرب مثلا على هذه الأعراف في العرف الاداري الذي اطرد على تبليغ القواعد التنظيمية المتعلقة بالموظفين ، والصادرة بقرارات عن مجلس الوزراء ، حيث اكتفي بتبليغ الجاهت الادارية بصفتها مخاطبة بالقاعدة(٦) .

ولا يشترط في اشخاص القاعدة الادارية العرفية أن تكون افرادا عاديين ، بل قد تكون سلطة ادارية ، وفي هذه الحال نتصور سلطة ادارية رئاسية تخاطب جهات ادارية تابعة ومرؤوسة ، وتتوجه اليها بالامر والتكليف ، كما هي الحال في العرف السابق .

وتعدد الأعراف الادارية تبعا لتعدد انماط الاشخاص المخاطبين بالقاعدة يؤدي الى حدوث ظاهرة تزاحم هذه الأعراف ، ثم ضرورة حل هذا التنازع(٧) .

وطبعا فالتنازع بين القواعد الادارية العرفية لا يتم الا في المجال الذي تطبق فيه القاعدة ، وليس في مجال آخر ، أو على اشخاص آخرين « اذ يمكن أن توجد قاعدة ادارية عرفية تطبق في شخص عام بالنسبة للعاملين ذوي النظام القانوني الخاص بهم ، مادامت لا تتعارض مع احكام هذا النظام ، وان تعارضت مع قواعد اخرى في نظام آخر »(٨) .

ووفقا لجوهر القاعدة وقيامها على التجريد ، فعدد المخاطبين بأحكام العرف الاداري ، لا يؤثر على تكوينه ، بل يكفي أن تكون هذه القاعدة عامة في المدى الذي تسري فيه ، حتى ولو كان عدد أشخاصها واحدا ، كما هي الحال في قاعدة الحلول العرفية .

والمخاطبون بالقاعدة هم غالبا الذين تطبق عليهم الأعمال الادارية الفردية، وان كان ذلك لا يخلو من بعض الاستثناءات ، كما هي الحال ــ على الأغلب ــ في الأعراف الناشئة من تكرار القرارات الادارية .

فالقرار الاداري يطبق على فرد معين ، ولكن آثاره قد تمتد الى الغير الذين ينالهم منه ضرر ، ومن ثم فالعرف الاداري الناشيء من تكراره يخلق لنا دائرة أخرى من الأشخاص تتأثر مصالحها بالقاعدة العرفية الناشئة .

ولاشك انه اذا كان القرار الاداري يفسح للأفراد الذين تتأثر مصالحهم بالطعن به ، فهذا الطعن يلعب دورا في تكوين القاعدة الادارية العرفية .

ويمكننا ان نضرب مثلا حيا على ذلك في مصالح الجماعات « اذ من المعلوم ان الجماعات تتكون للدفاع عن مصالح اعضائها ، والجماعة كشخص معنوي مصلحة محققة في طلب الغاء القرارات المعيبة ، ولو اقتصر اثرها على فرد بذاته ، لان القرار يمثل خطرا حقيقيا على جميع افراد الجماعة ، اذ ان بقاءه بدون الغاء يعتبر سابقة : precedent ، اذا تكررت فقد تصبح عرفا اداريا »(٩) .

والمثال الثاني يتجلى في قرارات التفويض ، فقد اشترط مجلس الدولة الفرنسي نشرها ، حتى يمكن الاحتجاج عليها من « الغير »(١٠) ، وهذا يعني انه لا يكفي قبول المفوض والمفوض له حتى ينشأ العرف الاداري في هذا المجال ، وانما يجب عدم احتجاج الغير على التفويض .

ولكن كيف تتحدد دائرة الافراد الذين تمسهم القاعدة الادارية العرفية .

يرى بعض فقهاء القانون الاداري « ان العرف يجب ان يحظى في الاغلب بالموافقة من جانب الجهات الادارية والفردية التي يوجه اليها حكم الاعتياد او يمسها بشكل من الأشكال »(١١) .

ونعتقد ان هذا الراي سليم ، اذ حيثما تكمن المصلحة تكمن السلطة ، ومن ثم يجب ان يتوفر قبول هؤلاء الذين يتضررون من القاعدة .

ولكن كيف تتحدد دائرة الافراد الذين تمسهم الاعراف الادارية .

لاشك انه من الصعب تحديد هذه الدائرة على اساس كل من يتاثر بالقرار، فهذه الدائرة تتمدد وتتقلص ، كلما ضاقت الآثار او اتسعت ، ولابد من وضع حد معين لذلك حتى لا نضطر الى القول بضرورة موافقة كل مواطن(١٢) .

وعلى هذا الاساس فنعتقد ان اشخاص القاعدة العرفية تشمل ــ الى جانب الافراد الذين تنطبق عليهم القرارات الادارية المكونة للعرف ــ الاشخاص الذين تتأثر مصالحهم من جراء صدور القرارات الادارية ، او الاعمال الادارية المنشئة للعرف ، وطبعا فعبارة « مصلحة » ليس لها هنا معنى خاص ، وانما نفس المعنى المعهود في حدود دعوى الالغاء .

الهــوامش

١ ـ د. سليمان مرقس : المدخل للعلوم القانونية ، ص٢٠٩

٢ ـ د. عبد الفتاح حسن : التاديب في الوظيفة العامة ، القاهرة ، ١٩٦٤ ، دار النهضة العربيـة ، ص١٩

٣ ـ د. حامد سلطان : القانون الدولي في وقت السلم ، ص٨٥

٤ ـ د. بكر القباني : العرف كمصدر للقانون الاداري ، ص٢٨

٥ ـ مجموعـة المحكمـة الاداريـة العليـا في مصـر لعام ١٩٦٠ ، جلسة : ١٩٦٠/٣/٢٦ ، س٤ ، ص٥٧٠

٦ ـ مجموعة المحكمة الادارية العليا في مصر ، س٧ ، مبدأ رقم ٧٩٨ ، ص٧٥ ، ومجموعة محكمة القضاء الاداري ، حكم رقم ٥٣٥ لسنة ٦ ق ، ص٥٣٣

٧ ـ د. سمير تناغو : النظرية العامة للقانون ، ص٤٦٧

٨ ـ محمد حامد الجمل : الموظف العام ، ط٢ ، ص١٤٢٢

٩ ـ د. سليمان الطماوي : الوجيز في القضاء الاداري ـ قضاء التعويض ، ص٢٧٧

١٠ ـ C.E.F, 22 Juill, garage de France, Roc; P. 829

١١ ـ د. بكر القباني : العرف كمصدر للقانون الاداري ، ص٢٨

١٢ ـ د. سليمان الطماوي : الوجيز في القضاء الاداري ـ قضاء التعويض ، ص٢٥٥

الفصـــل الثـــاني

نطاق تطبيق القاعدة الادارية العرفية من حيث المكان

التشريع ـ ولاشك ـ اداة التوحيد والشمول ، فهو يتمتع بروح جامعة ، بل ان نشوء الدولة القومية واكبت ازدهار هذه الاداة(١) .

والأمر على خلافــه بالنسبة للعرف فهــو يتمتع بمرونة كبيرة وبروح تفصيلية ، ويمكن القول مع الفقيه جيني ، كيف يمكننا ان نتصور عرفا شاملا يفترض وجهات واحدة على مستوى الجماعة القومية(٢) .

والواقع ان المجتمعات الاكثر ملاءمة لنشأة العرف هي الوحدات الصغيرة المغلقة على نفسها ، ذات الأهداف والحاجات الموحدة والخاضعة لتأثيرات معينة ، حيث يتيح لها هذا التجانس تحقيق روح الفئة وعنصر الشعور المشترك(٣) .

ويمكننا ان نضرب مثلا على ذلك في الاعراف المحلية التي كانت سائدة في شبه جزيرة سيناء والواحات(٤) .

واذا كان العرف في القانون الخاص ذا نشأة تلقائية غير محسوسة ، فالأمر على خلافه بالنسبة للعرف الاداري ، فهو وان قام على بعض الحقائق الموضوعية، وتأثر بالظروف الاجتماعية ، يبقى رهينا بارادة الادارة التي تتحكم بوجوده ودوامه ، ومن ثم فهذا العرف لا يمكن تقسيمه على اساس اجتماعي او مهني او جغرافي ، وانما على اساس عنصر السلطة الادارية .

صحيح ان العرف الاداري يمكن ان ينشأ في اطار نشاط مهني « نقابة المحامين او الأطباء مثلا » ، او في اطار جغرافي « سلطة ادارية لا مركزية » ،الا ان هذا العنصر المهني او الجغرافي لا اهمية له الا بتوفر عنصر السلطة الادارية .

فعنصر المكان بالنسبة للعرف الاداري لا يعدو ان يكون الوعاء المادي الذي يتحدد داخله اشخاص القاعدة الادارية العرفية(٥) .

ولا حاجة للقول بأن تطبيق القاعدة العرفيــة ضمن نطاق مكاني معين لا يتعارض مع الوحدة القانونية ، لان هذه الوحدة ليست ذات مدلول جامد ، كما انه لا يتعارض مع وصفها بالعموم طالما اتصف هذا العموم بالتجرد(٦) .

وعلى هذا الأساس فالمقصود بالعموم الذي نطقت به المحكمة الادارية العليا في مصر « عند تعريفها للعرف الاداري » ، المقصود بذلك هو العموم في التطبيق ، وليس العموم في النطاق المكاني ، اذ انه يوجد الى جانب العرف العام اعراف محلية تطبق في منطقة معينة او في محافظة(٧) .

وكما قلنا سابقا في بحث السلطة المختصة ، فهذه السلطة لا يشترط بها التمتع بالشخصية المعنوية ، بل يكفي أن تكون صاحبة اختصاص في اصدار العمل الاداري ، وبذلك يكون عنصر المكان تابعا لعنصر السلطة ، وهذا العنصر هو الحاسم في تكوين العرف الاداري ومد أثره الى هذا النطاق أم ذاك .

وعلى ضوء هذه الملاحظات فاننا نفسر نشوء الأعراف الادارية الآتيــة :

ــ الأعراف الادارية المحلية التي كانت تلزم المجاورين للطرق العامة في اصلاح الرصيف الملاصق لاملاكهم(٨) .

ــ العرف الاداري الذي استقر في مصر بشأن عمال اليومية في الهيئات المحلية ، والمتضمن عدم تطبيق كادرات العمال الحكوميين عليهم(٩) .

ــ العرف الاداري الذي قضى بمنح اطباء الامتياز بالوحدات المجمعة وموظفي الفنــارات وبعض موظفــي هيئــة الســكة الحـديد ، منــح هؤلاء دارا للسكن(١٠) .

ــ العرف الاداري الذي استقر في فرنسا والذي يقضي بالتمييز في المعاملة بين الموظفين المولودين في المستعمرات ، وبين الموظفين المحالين من اوروبــا الى مستعمرة فرنسية(١١) .

هذا وننــوه بأن نشوء الأعراف الادارية في اطار السلطات اللامركزية الاقليمية ، قد يثير القول بأن ذلك يتعارض مع وحدة الأساليب والحلول الادارية في الدولة الواحدة ، وهو قول يمكن رده « بأن لكل ادارة لا مركزية ظروفها الخاصة التي تبرر اعتياداتها الاداريــة ، بالاضافة الى انه يمكن للدولة عند اللزوم توحيد الاتجــاه الاداري في مسائل معينــة ، وذلك عن طريق التنظيم التشريعي ، وهو التنظيم الذي يعلو على اي تنظيم عرفي »(١٢) .

الهـوامش

١ ـ د. سليمان الطماوي : القضاء الاداري ـ قضاء التعويض ، ص٣٥٥

٢ ـ Geny : Methodes d'interpretation, op, cit; P. 326

٣ ـ د. عبد الحي حجازي : المدخل لدراسة العلوم القانونية ، ص٤٤٢ ـ د. سمير تناغو : النظرية العامة للقانون ، ص٤٢٦

٤ ـ د. احمد حشمت ابو ستيت : مقالة بعنوان « اصول القوانين » ، مجـلة القانون والاقتصـاد ، ص٦٣٨

٥ ـ د. طعيمة الجرف : مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الدولة للقانون ، ص٧٩

٦ ـ د. سمير تناغو : النظرية العامة للقانون ، ص٢٧٥ وما بعدها .

٧ ـ د. عبد الفتاح حسن : القضاء الاداري ، قضاء الالغاء ، ص.٣٤ ـ د. بكر القباني : العرف كمصدر للقانون الاداري ، ص٢٢

٨ ـ C.E.F. 19-12-1886, Siery, T. 15; P. 32
C.E.F. 11-2-1882, Siery, T. 13; P. 52

٩ ـ مجموعة محكمة القضاء الاداري ، السنة الرابعة، حكم رقم ٨٥ ، السنة ٣ ق ، ص٨٥٨

١٠ ـ محمد حامد الجمل : الموظف العام ، ط٢ ، ص١٤٠١

١١ ـ De Belmas : La pratique adm, op, cit; P. 37

١٢ ـ د. بكر القباني : العرف كمصدر للقانون الاداري ، ص٢٢

الفصـــل الثالث

نطاق تطبيق القاعدة الادارية العرفية

مـــن حيث الزمـــان

ذكرنا سابقا ان خاصية التعميم في القاعدة تنطوي على امور ثلاثة : سريانها من حيث الاشخاص ـ سريانها من حيث المكان ـ من حيث الزمان .

ولقد تكلمنا سابقا عن سريان العرف الاداري على الاشخاص وفي المكان وسنقوم حاليا بتحديد النطاق الزمني له .

وهذا النطاق يثير النقاط الآتية :

- بدء سريان القاعدة الادارية العرفية .
- الغاء القاعدة الادارية العرفية .
- ازالة التعارض بين الأعراف الادارية العامة والخاصة .

البحث الأول

بدء سريان القاعدة الادارية العرفية

العرف الاداري ، مثله في ذلك مثل اي عمل قانوني يسري بأثر مباشر منذ لحظة نشوئه ، وفضلا عن ذلك ، وبسبب نشوئه البطيء وطبيعة الصياغة فيه لا يمكن له ان يسري بأثر رجعي ، او ان يحدد مدة معينة لشرعيته(١) .

ولقد ذكرنا ان العرف الاداري يقوم على دعامتين من الرضا : رضا الادارة وقبول الافراد ، وقلنا ان قبول الافراد عنصر تكويني في بناء العرف الاداري ، ومن ثم فوظيفة التكرار ليست اعلام الافراد بالقاعدة المتكونة ، وانما الحصول على قبولهم كشرط لنشوء تلك الظاهرة القانونية .

ونشوء الركن المعنوي يتم بطريقة بطيئة وغير محسوسة(٢) ، ويترتب على هذا النشوء البطيء النتائج الآتية :

١ ـ ان تحديد هذا الوقت من الامور العسيرة ، ويمكن القول انه من الممكن الكشف عن موجود القاعدة وسريانها ، وتعيين المخاطبين بأحكامها ، ولكن من الصعب تحديد تاريخ مولدها(٣) .

٢ ـ ان هذه القاعدة تتميز باندماج منشئي القاعدة بالمخاطبين بأحكامها(٤) ويتفرع على ذلك النتائج الآتية :

ـ عدم وجود محاجزة بين مرحلة نشوء القاعدة ومرحلة نقلها الى الافراد اذ ان هذه القاعدة تطبق منذ لحظة نشوئها(٥) .

ـ متى استقر العرف في ضمير الافراد تحقق من خلال القبول علم الأغلبية به ، وهو علم يقيني غير قائم على الافتراض .

ولكن علم الجميع هو علم احتمالي يفترض تحققه من خلال علم الأغلبية(٦)، ومن ثم اذا ما تحققت هذه الأغلبية ، فلا يجوز لأحد الاعتذار بالجهل بالقاعدة العرفية(٧) .

ـ قد تعتنق الجهة الادارية القاعدة العرفية قبل الحصول على موافقة الافراد ، ولكن هذه القاعدة لا تكتمل النمو ، ولا تسري الا من تاريخ قبولهم بها .

٣ ـ اذا كان من الصعب تحديد مبدأ سريان القاعدة الادارية العرفية ، فالأمر يثار بصعوبة اكثر في حال وجود عدة قواعد متعاقبة تحكم موضوعا اداريا واحدا ، وهذا ما نسميه بالتنازع على الولاية الزمنية للقواعد القانونية المتعاقبة.

فالعرف ـ أي عرف ـ يقتصر عادة على انشاء المعنى دون اللفظ ، اي انه ينشيء مضمون القاعدة ، دون ان يصوغه في صيغة معينة(٨) ، وهذا يعني انه اذا كان التنازع متصورا بين القواعد المكتوبة ، فهو متصور بصورة اكثر تعقيدا بين القواعد العرفية المتعاقبة المتفقة في مجال الانطباق ، وذلك بسبب صعوبة تحديد مضمون وبدء نشوء كل قاعدة من هذه القواعد(٩) .

٤ ـ المشكلة نفسها تثار فيما لو تم الغاء القاعدة العرفية ، فهذا الالغاء

يتم بصورة تدريجية ، ومن الصعب تحديد تلك المرحلة التي يتم منها الانتقال الى مرحلة القاعدة القانونية الجديدة(١٠) .

٥ ـ بدء سريان القاعدة الادارية العرفية هو الأساس للحكم على مشروعية اعمال الادارة الفردية التي تنشأ في ظله(١١) .

وفي جميع الأحوال فذلك من الامور الموضوعية التي يعود تقديرها الى القاضي تبعا لكل قاعدة والظروف الخاصة بها .

المبحث الثاني

الغاء القاعدة الادارية العرفية

القاعدة القانونية ظاهرة حية ، ويجب ان تفهم وتعامل ككائن حي يلد ويحيا ويموت ويخضع لما تخضع له سنن الحياة من التغير والتبدل(١٢) .

« والعرف ـ ولاشك ـ يمتاز بمرونته وقابليته للتطور ، فهو وليد المؤامة المستمرة ، يلد متشكلا بشكل البيئة فيحور في القواعد العرفية القائمة ويلغي منها ما لم يعد ملائما وينشيء من القواعد ما تدعو اليه الحاجة المستجدة »(١٣).

وهذه القابلية للتطور جلية في القانون العام بصورة عامة ، وفي القانون الاداري بصورة خاصة(١٤) ، فهذا القانون يقوم على فكرة اساسية هي المرفق العام ، وهذه الفكرة تقوم بدورها على ثلاث اثاف احداها قابليته للتغير والتبدل.

واذا كانت المرونة سمة اساسية في القانون الاداري ، فهذه السمة واضحة في قواعد العرف الاداري لان هذه القواعد تقوم على التحديد الذاتي لارادة الادارة ومن ثم فالادارة تستطيع التحلل بسهولة من القيود التي وضعتها بنفسها دون ان يكون هنالك اي قيد على هذه الارادة الذاتية .

والقاعدة العرفية ، ولاسباب تتعلق بالصياغة لا تنطوي في ذاتها على عنصر التوقيت ، ولا تتطلب اجراءات خاصة لانهائها ، ولهذا فان هذا الانهاء عمل علمي يخضع للقواعد العامة(١٥) .

والقواعد العامة تقضي انه اذا ما حدث تنازع بين قواعد قانونية من طبيعة واحدة ، فهذا التنازع يحل عن طريق الغاء القواعد اللاحقة للقواعد السابقة(١٦) .

ولاشك ان القواعد التي تلغي العرف الاداري هي القواعد التي تسمو عليه في الطبيعة ، مثل القواعد التشريعية (الدستورية او العادية او الفرعية) ، ثم القواعد التي تتفق معه في الطبيعة والدرجة والتي تكون لاحقة لنشوئه .

وفي اطار ما تقدم فاننا سنعرض للمظاهر المختلفة لالغاء العرف الاداري مع العلم اننا سندرج في ابحاث الالغاء موضوع تعديل القواعد الادارية العرفية باعتبار ان التعديل هو انهاء جزئي لهذه القواعد .

والعرف الاداري يلغى في الحالات الآتية :

١ ـ الغاء العرف الاداري بالقواعد التشريعية .

ويمكننا ان نورد على سبيل المثال بعض الأعراف الادارية التي الغتها النصوص التشريعية :

ـ الاعراف الادارية التي استقرت في الاذاعة المصرية ، والتي نظمت شؤون الموظفين الفنيين ، وقد تضمنت هذه الأعراف اعطاء مدير الاذاعة سلطة التعيين في الوظائف التي لا يتجاوز مربوطها ٢٢٠ جنيها سنويا ، واعطاء لجنة شؤون الموظفين سلطة التعيين في الوظائف التي يزيد مربوطها على ١٨٠ جنيها سنويا ، وقد الغيت هذه الأعراف بالقانون رقم ٦٥٩ لعام ١٩٥٣(١٩) .

ـ العرف الاداري الذي استقر في مصر والذي كان يلزم الموظف بالالتحاق في مصلحته طالبا اعادة الكشف الطبي عليه او امتداد الاجازة ، وقد الغي العرف المذكور بالقانون رقم ٢١٠ لعام ١٩٥٣(٢٠) .

ـ العرف الاداري الذي جرى في فرنسا على جواز ان يكون طلب الاستقالة من الوظيفة بطريقة ضمنية ، وقد الغي هذا العرف بالقانون الصادر في ١٩ اكتوبر عام ١٩٤٦(٢١) .

الفرع الثاني

الغاء العرف الاداري بالأعراف الادارية الأسمى مرتبة

والغاء العرف الاداري بعرف آخر يخضع للأصول العامة .

وأول هذه الاصول ان العرف الاداري قاعدة تنظيمية ، والغاء القواعد التنظيمية يتم ـ بالطبع ـ باجراء عام .

واستنادا الى ما تقدم فالعادة الادارية لا تستطيع أن تلغي العرف والعكس، وطبعا يشترط في ذلك « توالي السوابق واستقرارها في اتجاه واحد يرمي الى العدول عن القاعدة العرفية السابقة مع توافر النية بهذا العدول »(٢٢) ، كما يشترط ـ كما قلنا ـ تحقق رضا الادارة والأفراد بالعدول .

والجهة الادارية التي انشأت العرف الاداري هي التي تستطيع الغاءه بعمل عرفي آخر مضاد حسب قاعدة تقابل او توازي الاختصاص : parallelisme de competence ، كما ان العرف الاداري يلغى بعرف اداري

مضـاد ناشيء في سـلطة ادارية اخرى تسمو عـلى السلطة التي انشات العرف الملغى .

والغاء العرف الاداري بعرف آخر ، هو ولاشك الغاء ضمني(٢٣) .

ولقد اتيح للقضاء الاداري في مصر الكلام عن الغاء القاعدة العرفية باخرى مماثلة ، وفي ذلك قالت المحكمة الادارية العليا « العرف الاداري تعبير اصطلح على اطلاقه على الأوضاع التي درجت الجهات الادارية على اتباعها في مزاولة نشاط معين ، وينشأ من استمرار الادارة لهذه الأوضاع والسير على سننها في مباشرة هذا النشاط ان تصبح بمثابة القاعدة القانونية الواجبة الاتباع ما لم تلغ او تبدل بقاعدة أخرى مماثلة »(٢٤) .

هذا ما أكدته محكمة القضاء الاداري في مصر بقولها « العرف الاداري هو النظام الذي تقرره جهات الادارة في صدد أمر معين وتسير على سننه ، فهو بمثابة القانون أو اللائحة من حيث وجوب احترامه والعمل به الى أن يحصل تغييره باجراء عام »(٢٥) .

الفرع الثالث

الأشكال الأخرى لالغاء العرف الاداري

وبالاضافة الى الأشكال السابقة فالعرف الاداري يمكن ان يسقط بعدم الاستعمال ، كما ومن الممكن ان يلغى اذا ما انعدم محله ، واخيرا يمكن ان يلغيه العمل الاداري الخاص ، وفقا للتفصيل الآتي :

اولا ـ الغاء العرف الاداري في حال تغير الظروف الواقعية التي يقوم عليها:

ونفترض هنا ان الادارة ـ على سبيل المثال ـ قد نظمت شروط تقليـد الوظيفة العامة ، او الانتفاع بالمال العام ، ثم الغيت الوظيفة موضوع التنظيم او انهي تخصيص المال للنفع العام ، فهنا يلغى العرف الاداري بسبب الغاء محله وموضوعه وانعدام القرارات الادارية « السوابق » التي يقوم عليها(٢٦) .

ثانيا ـ سقوط العرف الاداري بعدم الاستعمال :

قلنا ان الغاء عرف اداري بآخر يفترض وجود سوابق ادارية جديدة تنظم الموضوع بأسلوب جديد .

ولاشك ان القواعد التي تلغي العرف الاداري هي القواعد التي تسمو عليه في الطبيعة ، مثل القواعد التشريعية (الدستورية او العادية او الفرعية) ، ثم القواعد التي تتفق معه في الطبيعة والدرجة والتي تكون لاحقة لنشوئه .

وفي اطار ما تقدم فاننا سنعرض للمظاهر المختلفة لالغاء العرف الاداري مع العلم اننا سندرج في ابحاث الالغاء موضوع تعديل القواعد الادارية العرفية باعتبار ان التعديل هو انهاء جزئي لهذه القواعد .

والعرف الاداري يلغى في الحالات الآتية :

١ ــ الغاء العرف الاداري بالقواعد التشريعية .

٢ ــ الغاء العرف الاداري بالاعراف الادارية الاسمى مرتبة .

٣ ــ الاشكال الأخرى لالغاء العرف الاداري .

الفرع الأول

الغاء العرف الاداري بالقواعد التشريعية

القواعد التشريعية (التشريع الدستوري والعادي والفرعي) تسمو على القواعد الادارية العرفية درجة وطبيعة ، وبالتالي فعلى القواعد العرفية ان تخضع وباستمرار للقواعد التشريعية القائمة عند نشوئها او التي تصدر بصورة لاحقة لهذا النشوء .

فاذا ما صدر تشريع يتعارض مع العرف القائم ، فهذا العرف يعتبر ملغى بصورة ضمنية(١٧) .

والعرف اذا ما قام بتفسير القانون او اللائحة ، او بوضع شروط تطبيقها ثم الغي النص او عدل او سحب ، فالقاعدة التي هي جــزء من النص تلغى ضمنا بالغائه(١٨) .

ولا حاجة للقول بأن الغاء النص ليس له مفعول رجعي على الأعمال الادارية الفردية التي نشأت قبل الالغاء ، والتي من الممكن ان تكون قد تكونت بتكرارها ظاهرة العرف ، والعكس بالنسبة لسحب القرار الذي يلغي بمفعول رجعي النص والعرف الذي نشأ في ظله .

والأمر على خلافه بالنسبة لسقوط العرف ، فنحن هنا أمام عرف قائم لم يلغ بعرف آخر اكتملت له مقومات العرف الجديد ، وانما نحن هنا أمام حالة قانونية توفرت فيها الشروط والأسباب التي تبرر اصدار السوابق الادارية ، ولكن الأفراد يرفضون هذه السوابق .

ونعتقد ان هذا الراي ينسجم مع التعليل الذي قدمناه لنشوء العرف الاداري ولدور الأفراد في ذلك(٢٧) .

فالادارة كما قلنا تستطيع الغاء العرف الاداري ، كذلك الأفراد يستطيعون اسقاطه اذا ما رفضوا قبول القرارات الادارية المكونة له .

والقول بغير ذلك يعني اسقاط دور الأفراد في تكوين العرف ، أو اعطائهم في ذلك دورا يساوي دور الادارة ، وهذا غير مقبول .

ذلك ان العرف الاداري ـ من الناحية الشكلية ـ أقرب ما يكون تعبيرا عن العمل الارادي المنفرد ، باعتباره ينشأ من ارادة الادارة ، وان كان هذا النشوء يتوقف على قبول الأفراد ـ أصحاب المصلحة ، أو عدم اعتراضهم .

وعلى هذا الأساس فالعمل المضاد الذي ينهي حياة العرف ، يجب ان يتوازى مع العمل الذي ينشئه ، وبالتالي يجب التفريق في هذا المجال بين قدرة الادارة والأفراد على الغاء العرف الاداري .

فارادة الأفراد لا تتماثل مع ارادة الادارة في تكوين العرف ، فهي اذن لا ترقى الى مرتبتها في القدرة على انهائه ، وهو الأمر الذي حدانا للتفريق بين الغاء العرف الاداري ، وبين اسقاطه ، وربط الالغاء بارادة الادارة في حين ربط الاسقاط بارادة الأفراد .

ثالثا ـ الغاء العرف الاداري بعمل اداري خاص :

الأساس ان لا يلغى العرف الاداري الا باجراء عام ، اي بتواتر السوابق مع اتجاه النية لالغاء العرف القائم .

ولكننا نعتقد ان اهمية هذا المظهر من مظاهر الالغاء لا تعني تفرده في الغاء العرف الاداري .

فتوالي السوابق ان كان يكشف عن اتجاه الارادة ، فهو وسيلة الوصول

الى قناعة الادارة ليس الا ، ومن ثم فالادارة نفسها تستطيع ان تستخدم سلطة الالغاء بوسائل واشكال اخرى ، ولا يشترط في هذه الوسائل ـ وخلافا لراي محكمة القضاء الاداري(٢٨) ـ ان تكون اجراء عاما ، بل كل ما يشترط ثبوت قصد الادارة في العدول بصفة نهائية(٢٩) .

فالمهم اذن توفر العدول وليس وسيلته وشكله ، فقد تكون هذه الوسيلة عملا فرديا يكشف بصورة نهائيةوقاطعة عن السير في اتجاه قاعدة عرفية جديدة .

وهذا التعليل يتفق مع تكوين العرف الاداري ، فهذا العرف ـ ورغم دور الافراد في انشائه ـ يبقى منسوبا الى ارادة الادارة ، ويدور معها وجودا وعدما، ومن ثم فزوال هذه الارادة يلغي العرف دون أن نشترط اجراء او شكلا معينا ، ودون أن نتريث حتى نشوء ارادة للأفراد عامة وجديدة .

ولا حاجة للقول بانه اذا كان المقصود من المخالفة وقف سريان العرف في حالة معينة ، فالعمل الفردي لا يلغي العرف المتبع(٣٠) .

ولكن هل يشترط في الغاء الادارة للعرف باجراء خاص ان تفصح عن ارادتها في العدول ، ام يكفي ثبوت قصدها في ذلك .

يؤيد بض الشراح الموقف الاول بقوله « فالادارة تستطيع ترك الروتين الذي سارت عليه من قبل بشرط ان تفصح عن ارادتها بانها قد عدلت عن هذا الروتين وانها لن تسير عليه في المستقبل ، فاذا اصدرت قرارا اداريا مخالفا للروتين الذي اعتادت السير بموجبه في السابق ، وافصحت فيه عن رغبتها في العدول عن ذلك الروتين في المستقبل ، فان هذا القرار لا يخالف مبدأ الشرعية ولا يجوز الغاؤه »(٣١) .

ومن جهة اخرى فقد راينا بعض الشراح يكتفون بثبوت قصد الادارة في العدول . وفي هذا الصدد قال احد الفقهاء « ان التزام الادارة باحترام القواعد العرفية لا يستتبع ابدية هذه القواعد ، بل ان الادارة تمتلك تعديلها او العدول عنها كلما اقتضت بذلك دواعي التطور ومصلحة العمل ، فاذا ما خالفت الادارة عرفا سائدا وكان القصد من ذلك العدول عن العرف المذكور وانشاء قاعدة جديدة ، فلا يعتبر القرار او الاجراء الذي اتخذ في هذه الحالة بالمخالفة للعرف القديم ، لا يعتبر باطلا ، وكل ما يشترط هو ثبوت قصد الادارة في العدول نهائيا وبصفة مطلقة عن العرف القديم »(٣٢) .

وقول فقيه آخر « لا يمكن ان يؤخذ التزام الادارة على انه مؤبد ، اذ من حقها بلا نزاع تعديل ذلك العرف والعدول عنه نهائيا اذا ما اقتضى التطور ذلك ، ومن ثم فاذا ما اقدمت الادارة على مخالفة عرف سائد ولجأت الى انشاء قاعدة افضل ، فلا يعاب عليها ذلك ، مادامت انها تهدف من تصرفها الجديد العدول النهائي عن العرف القديم »(٢٣) .

وقد عكست بعض أحكام المحكمة الادارية العليا في مصر هذه الحقيقة . قالت هذه المحكمة « ان تقرير الادارة لقاعدة عرفية تسير على مقتضاها ، لا يدعو جهة الادارة للابقاء على هذه القاعدة العرفية بحيث يستحيل عليها تعديلها او تبديلها بقاعدة اخرى ، اذ قد تدعو الظروف والاحوال ومصلحة العمل الى تغيير الاسلوب الذي درجت عليه باسلوب آخر جديد بحيث يكون مع المصلحة العامة. ففي هذه الحال يجوز ان تعدل عن تلك القاعدة وان تتبع قاعدة جديدة ، ولا يعتبر تصرفها في ذلك مخالفا لمبدأ الشرعية ، فاذا رفضت الادارة ان تطبق القاعدة العرفية القائمة التي تريد تعديلها او تغييرها على حالات معينة بغية السير في الاتجاه الجديد الذي تريد تقريره كان عملها مشروعا لا غبار عليه ، اما اذا ثبت انها رفضت تطبيق العرف القائم على حالة وقررته على حالة أخرى ، فان تصرفها هذا يكشف عن نيتها بأنها لا تقصد في حقيقة الأمر تغيير القاعدة بقاعدة أخرى جديدة أو العدول عن القاعدة المقررة السائدة ، فتعتبر الادارة ــ والحالة هذه ــ قد خالفت العرف المقرر ويعد تصرفها غير مشروع »(٢٤) .

ولكن قد يحدث ان تعلن الادارة تغيير اتجاهها الذي استقرت عليه ، ومن ثم يرفض المجلس طعن احد الافراد ، وبعد ذلك تعود الادارة الى نفس الاتجاه القديم الذي قالت انها عدلت عنه ، ففي هذه الحال يرى بعض الفقهاء « ان هذا الشخص لا يجوز ان يترك بغير ضمان ، وان القانون الوضعي يسمح له بالطعن في الحكم السابق الصادر ضد مصلحته ، وذلك بالتماس اعادة النظر على اعتبار أن تصرف الادارة الأول قد تضمن غشا كان من شأنه التأثير في الحكم »(٢٥) .

البحث الثالث

حل التعارض بين الأعراف الادارية العامة والخاصة

لاشك انه اذا ما تعارضت قاعدة قانونية مع قاعدة أخرى ، فهذا التعارض يحل طبقا للأصول العامة ، ونذكر من هذه الأصول ثلاثة مباديء اساسية :

•

أولها ان القاعدة الادنى لا يجوز أن تخالف قاعدة أعلى منها في الدرجة ،

والمبدأ الثاني مفاده أن القاعدة اللاحقة تلغي القاعدة السابقة لها في الدرجة والمتحدة معها في نطاق التطبيق ، والمبدأ الثالث هو ان القاعدة الخاصة تقيد العامة(٢٦) .

ونعتقد ان التعارض بين الوقاعد الادارية العامة والخاصة يخضع لهذا الأصل ، بمعنى انه اذا ما وجد تعارض بين قاعدة ادارية عرفية وقاعدة اخرى ، وكانت كل واحدة منهما مساوية للأخرى في الدرجة ، ولكن احداهما خاصة والأخرى عامة فمن المؤكد ان القاعدة الخاصة تقيد العامة في حال اتحادهما في نطاق التطبيق(٢٧) .

ووفقا للأصول العلمية فالقواعد الادارية العرفية العامة تعتبر قواعد اضافية أو تكميلية ، لا يلجأ اليها الا اذا لم يوجد حكم في القواعد الخاصة .

ولا حاجة للقول بان التعارض لا يمكن ان يحدث بين القواعد العرفية والقواعد التشريعية على اعتبار ان التشريع يسود الأعراف الادارية في جميع الأحوال .

كذلك فالتعارض بين القواعد الادارية العرفية ، لا يمكن ان يحدث بين أشخاص أو سلطات ادارية مختلفة بسبب اختلاف مجال انطباق هذه القواعد(٢٨) .

ونعتقد ان التعارض بين القواعد الادارية العامة والخاصة يخضع لهذا والآخر عام ، وقد نشأ خلال سلطة ادارية واحدة ، فهنا يقيد العرف الاداري الخاص العرف العام في مجال التعارض(٢٩) .

الهوامش

١ ـ د. محمد حامد الجمل : الموظف العام ، ط٢ ، ص١٦٢٨ و ١٦٣٩ ، وانظر مقال كوتسونس : العادة في القانون الكنسي ، ص٨٢

٢ ـ د. عدنان القوتلي : الوجيز في الحقوق المدنية ، ص٣٥٤ ـ د. سليمان مرقس : المدخل للعلوم القانونية ، ص٧

٣ ـ د. عبد الودود يحيى : دروس في مبادىء القانون ، القاهرة ، ١٩٧٦ ، دار النهضة العربية ، ص٩٦

٤ ـ د. حامد سلطان: القانون الدولي في وقت السلم، ص٦٢ ـ د. احمد سلامة و د. حمدي عبد الرحمن : المدخل لدراسة القانون ، ص٦٧

٥ ـ د. نعمان خليل جمعة : المدخل للعلوم القانونية ، ص٢٠٤

٦ ـ د. نعمان خليل جمعة : المدخل للعلوم القانونية ، ص٢٠٤ ، وانظر :
Geny : Science et technique, T. 3, op, cit; P. 235 etS

٧ ـ د. عبد المنعم البدراوي : المدخل للعلوم القانونية ، ص١٩٧ ـ د. حسن كيره : المدخل الى القانون ، ص٤٤

٨ ـ د. سليمان مرقس : المدخل للعلوم القانونية ، ص١١٧

٩ ـ حسن كيره : المدخل الى القانون ، ص٤٢٦ ـ مقال سميدت عن تدوين العرف ، وقد تكلم عن ظاهرة الاعراف المتداخلة .

١٠ ـ د. سليمان مرقس : المدخل للعلوم القانونية ، ص٢٩٦ ، وانظر :
Geny : Methodes d'interpretation, P. 425

١١ ـ مجموعة محكمة القضاء الاداري في مصر : ١٦/١٠/١٩٥٦ ، س١١ ، ص٤

١٢ ـ د. سليمان الطماوي : القضاء الاداري ، قضاء الالغاء ، ص٦٣٧

١٣ ـ د. ثروت بدوي : النظام الدستوري العربي ، ص٨١

١٤ ـ د. سليمان الطماوي : النظرية العامة للقرارات الادارية ، ص٦٣٧ ـ محمد حامد الجمل : الموظف العام ، ط٢ ، ص٥٩٩

١٥ ـ د. سمير تناغو : النظرية العامة للقانون ، ص٤٧٩ ـ د. رمزي الشاعر : النظم السياسية والقانون الدستوري ، ص٩٨

١٦ ـ د. سمير تناغو : النظرية العامة للقانون ، ص٤٦٧

١٧ ـ د. محمد كامل ليله : مبادىء القانون الاداري ، ص٤٢٧ ـ د. طعيمه الجرف : قضاء الالغاء ، ص٢٣٥

١٨ ـ د. سليمان الطماوي : النظرية العامة للقرارات الادارية ، ص٦٣٤ ـ المحكمة الادارية العليـا في مصر : ١٠ نوفمبر ١٩٦٢ ، س٨ ، ص٣٢

١٩ ـ محمد حامد الجمل : الموظف العام ، ط١ ، ص٣٦٣ و ٣٦٤

٢٠ ـ محكمة القضاء الاداري في مصر : ١٩٥٢/٢/٦ ، المجموعة ، السنة ٦ ، حكم رقم ٢١١ ، ص٦٣٤

٢١ ـ Plantey (Alain) : Traitè pratique de la fonction publique, P. 248

٢٢ ـ د. عبد الحميد الحشيش : مبادىء القضاء الاداري ، مجلد اول ، مكتبة القاهرة الحديثـة ، ص٥١

٢٣ ـ د. محمد كامل ليله : مبادىء القانون الاداري ، ص٤٢٧ وما بعدها .

٢٤ ـ حكمها الصادر في ٢٤ فبراير ١٩٦١ ، المجموعة السنة ٧ ، مبدأ رقم ٤٢ ، ص٣٥٥

٢٥ ـ حكمها الصادر في ٧ فبراير ١٩٤٨ ، المجموعة ، السنة ٢ ، حكم رقم ٦٢ ، ص٣٥٦

٢٦ ـ د. عبد الحي حجازي : المدخل لدراسة العلوم القانونية ، ص٥٤٤ ، وقد تكلم عن الالغاء الحكمي للعمل القانوني ، اي الالغاء لزوال الظروف او الحكمة من هذا العمل ـ جيروم كوتسونس : العادة في القانون الكنسي ، ص٨١ وقد جاء في ذلك قوله :

because of the object of the custom and the circunstances which caused it do not exist any more.

٢٧ ـ مقال جيروم كوتسونس السالف الذكر ، ص٨١ ، وانظر :

Marcel Waline : Manuel elementaire de droit administratif, 4ed, 1944, Paris, libraire Recueil. Siery, P. 16

Auby et Drago : Traite dé Contentieux administratif, 4ed; P. 18

٢٨ ـ مجموعة هذه المحكمة ، السنة ٢ ، حكم رقم ٦٢ ، ص٣٥٦ ، وقد سبق الاشارة اليه .

٢٩ ـ د. بكر القباني : العرف كمصدر للقانون الاداري ، ص٣٠

٢٠ ـ د. عبد الحميد الحشيش : مبادىء القضاء الاداري ، ص٦٠.

٢١ ـ د. خالد عريم : القانون الاداري الليبي ، ص١٥٧ ، وانظر في ذلك ايضا :
De laubodère : Traitè de droit adm, op, cit; P. 88

٢٢ ـ د. محمود حافظ : القضاء الاداري ، ص٣٧

٢٣ ـ د. محمد كامل ليله : الرقابة على اعمال الادارة ـ الرقابة القضائية ، الكتاب الثاني ، ١٩٦٧ـ١٩٦٨ ، بيروت ، دار النهضة العربية ، ص٤٤

٢٤ ـ مجموعة المبادىء التي قررتها هذه المحكمة من (١٩٥٥ـ١٩٦٥) ، جلسة ١٩٦٢/٢/٢٤، ص١٠٢٨

٢٥ ـ د. مصطفى ابو زيد فهمي : القضاء الاداري ، ط٤ ، ص٢٠٦

٢٦ ـ د. سمير تناغو : النظرية العامة للقانون ، ص٤٧٢

٢٧ ـ د. سمير تناغو : النظرية العامة للقانون ، ص٤٧٧ ـ د. حامد سلطان : القانون الدولي في وقت السلم ، ص٧٠

٢٨ ـ محمد حامد الجمل : الموظف العام ، ط٢ ، ص١٤٢٠

٢٩ ـ مصطفى احمد الزرقا : المدخل الفقهي العام ، ص٨٤٧ ، وفي نظره أن للعرف سلطانا واسع المدى في توليد الاحكام وتجديدها واطلاقها وتقييدها .

الباب الثاني

دور القضاء في مجال العرف الاداري

لقد انكرنا سابقا اي دور للقضاء في مجال تكوين العرف ، ولكننا من جهة اخرى قلنا ان العرف كثيرا ما يعوزه التحديد ، ومن ثم فاذا ما طلب من القضاء تطبيقه اتيحت لـه الفرصـة لتمحيص حقيقته واستقصاء عناصره وازالـة غموضـه(١) .

ويتأرجح دور القضاء ـ اذن ـ بين التفسير والاثبات ، ولا يمتـد الى التكوين ، ومن جهة اخرى فان توضيح العرف وتنقيته وتطبيق احكامه يدفع الأفراد الى اتباعه ، فالقضاء اذن يساهم بصورة غير مباشرة في تكوين العرف(٢) .

وبسبب هذا الدور المادي لا القانوني للقضاء في تكوين العرف ، فقد رأينا ان ياخذ بحث « اثبات العرف » موقعه من هذا الباب ، وليس في الأبحاث المتعلقة في تكوين العرف(٣) .

وعلى ضوء ما تقدم ، فقد رايت ان ابحث « دور القضاء في مجال العرف الاداري » ، ابحث ذلك في الفصلين الآتيين :

رقابة المشروعية في مجال العرف الاداري ـ اثبات العرف الاداري .

---

١ ـ د. حسن كيره : المدخل الى القانون ، ص٣٧٢ ـ د. محمد كامل ليله : مبادىء القانون الاداري ، ص٢٦ ـ د. طعيمة الجرف : القانون الاداري ، ١٩٧٨ ، مطبعة جامعة القاهرة ، الكتاب الجامعي ، ص٩٥

٢ ـ د. سمير تناغو : النظرية العامة للقانون ، ص٤٥٦ ، وقد اظهر دور الفعاليـة في وجـود القاعـدة .

٣ ـ د. حامد سلطان : القانون الدولي في وقت السلم ، ص٥٧ ، وهو يرى ان احكام المحاكم تساهم في تكوين العرف بوصفها الوسائل التي تدل على وجود العنصر المعنوي .

الفصل الاول

رقابة المشروعية في مجال العرف الاداري

ان مبدا المشروعية والأسس التي يقوم عليها لا قيمة له الا اذا الزمت الادارة على احترام هذه المباديء ، وهذا الامر لا يتاتى الا باخضاع هذا المبدا لرقابة القضاء(١) .

والرقابة القضائية ـ على خلاف الرقابة البرلمانيـة او الادارية ـ هي الضمان الحقيقي للأفراد ضد عسف الادارة ، اذ تعطيهم سلاحا فعالا يستطيعون بمقتضاه الالتجاء الى جهة مستقلة وتتمتع بضمانة حقيقية(٢) .

ولقد اوضحنا دور العرف الاداري في اثراء مبدأ المشروعية وتوسيع نطاقه، وسنحاول هنا تحديد انعكاس ذلك على مضمون السلطة القضائية ، وطبيعة الرقابة التي يثيرها وجود الظاهرة العرفية ، على اعتبار انه كلما غزا مبـدأ المشروعية جانبا مـن جوانب نشاط الادارة ، كلما تعلق به حـق من حقوق المواطنين واصبح جزءا من مضمون السلطة القضائية(٣) .

وخضوع الادارة للقانون اصل عام ، ويجب أن يفسر تفسيرا واسعا بحيث يشمل كل نشاط قانوني او مادي للادارة ، ويدخل في ذلك ـ بالطبع ـ العمل العرفي ، لاسيما ان هذا العمل هو عمل اداري من جهة ، وان القاضي الاداري هو القاضي العام لنشاط الادارة(٤) .

والرقابة في مجال العرف الاداري تثير مسائل متعددة ، ويهمنا من ذلك : الرقابة على نشوء العرف ـ الرقابة على الاعمـال الادارية التي تنشأ في ظل العرف ـ رقابة التفسير ، ورقابة فحص المشروعية في مجال العرف الاداري .

البحث الاول

الرقابة على تكوين العرف الاداري

قلنا ان التكرار يمثل قوام العرف : substratum ، ويلعب دورا هاما في

استخلاص ارادة الادارة ، كما انه يولد الثقة في العرف مما يدفع الأفراد الى الاقبال عليه ، واعتناق احكامه .

ولاشك ان العيوب التي تصيب العمل الاداري الفردي تنتقل الى الظاهرة العرفية ككل ، وهذه العيوب لا تزال الا ضمن شروط ، ولهذا كان لابد من تحديد هذه الحالات التي تنتقل بها عيوب العمل الفردي الى الظاهرة العرفية .

ونعتقد انه يجب التفريق في هذا المجال بين نشوء العرف الاداري من تكرار القرار الاداري او العقد الاداري .

اما في حال تكرار العقد ، فيجب التفريق ـ وكما هي عليه الحال في القانون الخاص(٥) ـ بين البطلان النسبي والمطلق .

فالعقد الباطل ليس تصرفا قانونيا acte juridique ، وانما مجرد واقعة مادية : fait materiel ، لا تنتج اثرا ، ويجوز لكل ذي مصلحة ان يتمسك بالبطلان ، والمحكمة تقضي من تلقاء نفسها بذلك ، ولا يرد على هذا العقد التقادم او تصححه الاجازة(٦) .

ويتفرع على ذلك ان تكرار مثل هذا العقد لا يمكن ان ينشيء ظاهرة عرفية مهما استقر التكرار واستمر ، او اقترن بالعنصر النفسي .

اما في حال تصحيح البطلان النسبي من قبل ذوي المصلحة ، ورغم التطبيقات القليلة لذلك في القانون الاداري(٧) ، فهذا التصحيح يزيل ما شابه من عيوب ، ويفسح المجال لهذا العقد ان ينشيء ظاهرة العرف الاداري .

اما بشأن تكرار القرارات ادارية ، فيجب التفريق بين القرارات المعدومة : non existant والقرارات الباطلة ، فالاولى لا تنتج اثرا neant juridique مهما مضى عليها الزمن ، ويجوز للادارة والقضاء الغاؤها وازالة آثارها بمفعول رجعي(٨) ، ومن ثم فتكرار هذه الاعمال لا ينشيء عرفا اداريا حتى ولو اقترن بالركن المعنوي .

والامر على خلافه بالنسبة للقرارات الباطلة فمرور المدة المحصنة لها من الالغاء يجعلها تعامل معاملة القرارات السليمة ، بحيث تنتج كافة آثارها(٩) .

المبحث الثاني

رقابة القضاء على أعمال الادارة المخالفة للعرف الاداري

العرف الاداري ـ كما اوضحنا ـ عنصر من عناصر الشرعية الادارية ، وهذا ما يرتب على الادارة ان تكيف سلوكها وفقا لذلك .

واحترام الادارة لقواعد الشرعية له مظهران(١٠) :

ـ مظهر ايجابي ، يفرض على الادارة ان تصدر كافة القرارات الادارية التي تتفق مع مصادر الشرعية .

ـ مظهر سلبي ، يحظر على الادارة ان تقوم باي تصرف يتعارض مع المصادر المذكورة .

ومن المعلوم ان العمل الفردي او الشرطي يخضع للعرف الاداري ، وفقا لمبدأ الشرعية المادية :la legalitè materielle ، او لمبدأ التدرج الموضوعي(١١) ، وباعتبار ان العرف الاداري قاعدة تنظيمية عامة ـ كما سبق توضيحه ـ .

ويترتب على ما سبق ذكره نتيجة اساسية ، وهي ان الادارة اذا ما خالفت باعمالها الفردية قواعد الشرعية المتمثلة في العرف الاداري ، فانها تكون حرية بالالغاء .

فالادارة تستطيع تعديل العرف الاداري او الغاءه ، ولكنها لا تستطيع وقف سريانه في حالة دون الاخرى .

ولقد اقر لقضاء الاداري في مصر هذه الحقيقة وحكم بالغاء القرار المخالف للقواعد العرفية ، وفي هذا الصدد قالت محكمة القضاء الاداري « اذا ما خالفت الجهة الادارية العرف الاداري فان تصرفها ينطوي على مخالفة القانون ، ويكون القرار المطعون فيه قد وقع باطلا ، والمدعي محقا في دعواه ومستوجبا الغاء القرار »(١٢) .

وقولها ايضا « ان النظام الذي تقرره جهة الادارة في صدد امر معين وتسير على سننه ، هو بمثابة القانون او اللائحة من حيث وجوب احترامه والعمل به الى ان يحصل تغييره باجراء عام ، فعدم اتباعه في الوقت الذي يكون ساريا فيه يكون من جانب الادارة مخالفة للقانون »(١٣) .

كما ان الفقه ذهب هذا المذهب واكد ضرورة الغاء كل قرار اداري يخالف العرف(١٤) ، ونفس الشيء بالنسبة للأعمال العقدية ، فالادارة ملزمة ان تبرم عقودها دون ان تخالف الأعراف الادارية القائمة .

واعمالا لمبدا التدرج الموضوعي ، فخضوع الاعمال الادارية الفردية للأعراف الادارية ذو صفة مطلقة ، فهو يشمل كافة القرارات الفردية التي تصدر عن الجهة الادارية المنشئة للعرف ، وفقا للقاعدة التي تقول : التزم القانون الذي وضعته بنفسك : souffre la loi tuas faites toi même (١٥) .

واخيرا ، فهذا التدرج يخاطب السلطات القضائية ، ويلزمها ان لا تصدر اي حكم يتعارض مع القواعد العرفية(١٦) .

والعرف الاداري يحكم ايضا الاعمال الادارية العامة : act generale ومن ثم فاذا ما نشأ تنظيم لائحي (لا يستند الى تشريع) مخالف لقاعدة عرفية ، وكانت الجهة الادارية التي صدر عنها التنظيم اللائحي ادنى درجة من الجهة التي نشأ خلالها العرف الاداري ، فالتنظيم اللائحي يخالف مبادىء الشرعية .

ونفس الشيء بالنسبة للأعراف الادارية الاخرى التي نشأت في ظل جهات ادارية تسمو على الجهات الادارية التي نشأت في ظلها لأعراف الادارية الأولى ، ووفقا لمبدا التدرج العضوي للأعمال الادارية .

والعرف الاداري يمكنه ــ كما سنفصل ــ ان ينظم قواعد تتعلق بالاجراءات كما انه من الممكن ان ينظم قواعد موضوعية ، ومن ثم فاذا ما نشأت قواعد اجرائية عرفية ، فالقرارات الادارية الفردية التي تخالف هذه الاشكال ليست معرضة للالغاء الا اذا كانت الاجراءات التي ينظمها العرف الاداري جوهرية .

هذا وبالاضافة الى رقابة الالغاء ، فالقضاء الاداري يمكنه ان يقيم رقابة تضمين على اعمال الادارة المادية ، او اعمالها العقدية المخالفة للعرف الاداري .

ولا حاجة للتاكيد بأن القاعدة العرفية ملزمة ايضا للأفراد الذين تخاطبهم هذه القاعدة ، لاسيما انهم قبلوا بها « في الاعم الأغلب » ، واتخذوا منها مسلكا ومنهاجا « مما يخول السلطة الادارية المختصة الحق في اكراه المخاطبين بأحكام العادات الادارية الملزمة على اتباع هذه الاحكام »(١٧) .

وهذا ما اكدته المحكمة الادارية العليا في مصر بقولها « للسلطات الادارية

ان تضع ضوابط ومعايير وشروطا تنظم فيها ممارســة السلطة التقديرية في الترقية والتعيين والتاديب ، وتكون هذه القاعدة ملزمة للادارة والعاملين فيها ، وتعد جزءا من النظام القانوني »(١٨) .

البحث الثالث

رقابة التفسير في مجال العرف الاداري

يرى بعض الفقهاء ان العرف لا يثير اية صعوبة جادة في تفسيره وتحديد مضمونه ، وبيان ذلك ان العرف « ليس ارادة بقدر ما هو سلطة غير واعية ، وهذه السلطة تتجسد في العادة ، وتفسير العرف وتحديد مضمونه يندمج في وجوده ، والعرف يستخلص ولا يفسر »(١٩) .

وفريق من الفقهاء يرى عكس ذلك ، فالعرف يقتصر على انشاء مضمون القاعدة دون ان يصوغه في صيغة معينــة يعبر عن وجوده ويوضح معنــاه ، ويترتب على ذلك صعوبة التحقق مــن وجود العرف وعدم وضوح مضمونه والخلاف في تحديد معناه »(٢٠) .

ونعتقد ان كلا الرايين صور جانبا من الحقيقة اذا ما نظرنا الى الأمر من زاوية العرف في القانون الخاص .

فالعرف المذكور ذو حقيقة موضوعية ، ولهذا يفسر في ذاته تفسيرا يتحرى الارادة التشريعية ، وهذه الارادة لها حياتها المستقلة عن ارادة منشئي العرف ، وتفسر على ضوء الهدف منه(٢١) .

ونعتقد ان عدم طرح قضية تفسير العرف في مجال القانون الخاص مرده ان العمل الذي ينشيء العرف الخاص مستقل ومقطوع الصلة باي نص قانوني ، ولا تثار بالتالي اية علاقة اشتقاق بين هذا العمل وبين اي نص حتى يقال انه يحمل معنى النص او يتعارض مع احكامه .

اما العرف الاداري فغالبا ما ياتي لتنفيذ النصوص او لتحديد شروط تطبيقها ، او لتفسير احكامها ، ولهذا تنهض مسألة تفسير العرف وتحديد المدلول الصحيح للعمل المكون له ، وبيان مطابقته للنصوص ، لاسيما ان العرف الاداري كثيرا ما ينشأ من تطبيق النصوص العامة والمرنة .

ويتضح مما سبق ان رقابة التفسير من الممكن ان تطرح امام القضــاء

الاداري لتحديد مدلول هذا العرف ومطابقة مادته للنصوص ، كما ان هذا التفسير يمكن ان يثار امام القضاء العادي اثناء نظره في دعوى مطروحة امامه ، بحيث يواجه مسالة معرفة معنى النص .

والمحاكم العادية تملك تفسير القواعد العرفية قياسا على حقها في تفسير القوانين ، وباعتبار العرف الاداري ، من الناحية الموضوعية ، قاعدة قانونية

وفضلا عن ذلك فقضاء التفسير يأخذ المظهرين الآتيين :

- تحديد مدلول العرف الاداري وبيان مطابقته للنصوص الادارية ، او الأعراف الادارية الاسمى مرتبة .

- تحديد تطابق القرارات الفردية مع الأعراف الادارية .

هذا مع الاشارة الى ان العرف الاداري اذا ما نشا نتيجة ممارسة السلطة التقديرية للادارة ، فالقضاء لا يستطيع مراقبة ملاءمة القرار ومطابقة محله للنصوص ، والعكس بالنسبة للنصوص التي لا تقوم على أساس السلطة التقديرية ، فالقانون في هذه الحال له معنى واحد ، وهو المعنى الذي يتفق مع التفسير القضائي(٢٢) .

واستطرادا فمن الممكن ان يضطلع القضاء الاداري بولاية فحص مشروعية العرف الاداري ومشروعية الأعمال الادارية التي تنشا في ظله ، لان العرف الاداري لا يعدو ان يكون عملا اداريا ، والقاضي الاداري هو قاضي القانون العام على اعمال الادارة .

وطبعا ، فهذا القضاء يثار امام القضاء العادي ، وهنا تكون المحكمة ملزمة على احالة ذلك الى القضاء الاداري لفحص مشروعية هذا العمل .

كذلك فمن الممكن ان يثار قضاء التعويض في مجال العرف الاداري ، وبالنسبة للحالات الآتية :

- القرارات الادارية الباطلة التي يمكن ان تكون العرف ، فهذه القرارات

اذا سببت ضررا للأفراد ، فالادارة تلتزم بالتعويض حتى ولو تحصنت هذه القرارات ضد الالغاء ، وطبعا فالسبيل الى مقاضاة الادارة هو دعوى القضاء الكامل(٢٢) .

ـ اعمال الادارة العقدية ، سواء اذا ما اشتركت هذه الأعمال في تكوين العرف ام صدرت بالمخالفة لاحكام عرف متكون .

ـ اعمال الادارة المادية التي تسبب ضررا للأفراد سواء في مرحلة تكوين العرف ام في مرحلة سريانه على الافراد .

الهــوامش

١ ـ د. سليمان الطماوي : الوجيز في القضاء الاداري ـ قضاء التعويض ، ص١٢٣ و ١٢٤

٢ ـ د. سليمان الطماوي : الوجيز في القضاء الاداري ـ قضاء التعويض ، ص٢١٤، وانظر :
Debbach : Droit adm, op, cit; P. 34
Stassinopoulos : Traitè des actes adm, op, cit; P. 20

٣ ـ د. سليمان الطماوي : القضاء الاداري ـ قضاء التعويض ، ص١٤

٤ ـ د. محمد كامل ليله : مبادىء القانون الاداري ، ص٣٥٣

٥ ـ د. سليمان الطماوي : الاسس العامة للعقود الادارية ، ص٣٩٤

٦ ـ د. عبد الرزاق السنهوري : الوجيز في شرح القانون المدني ـ نظرية الالتزام بوجه عام ، ١٩٦٦ ، دار النهضة العربية ، ص١٨٨ و ١٩٠

٧ ـ د. سليمان الطماوي : الاسس العامة للعقود الادارية ، ص٣٩٤

٨ ـ د. رمزي الشاعر : تدرج البطلان في القرارات الادارية ، دار النهضة العربية ، ١٩٦٨ ، ص٣٥٩ ـ د. مصطفى ابو زيد فهمي : القضاء الاداري ، ط٤ ، ص٤١١

٩ ـ د. سليمان الطماوي : الوجيز في القضاء الاداري ، ص٣٧٧ ، وقد اشار الى نشوء العرف الاداري من جراء تكرار القرارات الباطلة .

١٠ ـ Debbach : Droit adm, op, cit; P. 23 etS

١١ ـ د. ثروت بدوي : تدرج القرارات ومبدأ الشرعيــة ، ص٨١ ـ د. عبد الحميــد الحشيش : مبادىء القضاء الاداري ، ص٧٠ ـ د. مصطفى ابو زيد فهمي : القضاء الاداري ، ط٤ ، ص٢٠٧

١٢ ـ مجموعة مجلس الدولة لاحكام القضاء الاداري ، القضية رقم ٢٤٢ ، قاعدة رقم ٩ ، س٥ ، ص٥٩ و ٦٠ ـ مجموعة المبادىء التي قررتها محكمة القضاء الاداري بند رقم ١٠٦ ، القضية رقم ٩٢٠٨ لسنة ٨ ق ، ص١٥١

١٣ ـ محكمة القضاء الاداري ١٩٤٨/٢/٢٧ ، المجموعة السنة الثانية ، حكم رقم٦٢ ، ص٣٥٦

١٤ ـ د. محمود محمد حافظ : القضاء الاداري ، ص٣٦ ـ د. فؤاد العطار : القضاء

الاداري ، ص٥٩ ـ د. عبد الله طلبه : الرقابة القضائية على اعمال الادارة ، ص٢١ وما بعدها ـ د. صبحي بشير مسكوني : مباديء القانون الاداري الليبي ، ص١٠١ ـ د. حنا ابراهيم نده : القانون الاداري الاردني ، ص٣٦ ـ د. بكر القباني : العرف كمصدر للقانون الاداري ، ص١٠ ـ مجلس الدولة الفرنسي : حكمه الصادر في ١٦ اغسطس ١٩٠٩ ، لوبون ، ص٨٠٩

١٥ ـ د. ثروت بدوي : تدرج القرارات الادارية ، ص٨٦

١٦ ـ د. عبد الحميد حشيش : مباديء القضاء الاداري ، ص٧٠

١٧ ـ د. بكر القباني : العرف كمصدر للقانون الاداري ، ص٢٩

١٨ ـ مجموعة هذه المحكمة ، السنة العاشرة ، قاعدة رقم ١ ، ص٢٨

١٩ ـ Geny : Methodes d'interpretation, op, cit; P. 387

٢٠ ـ د. سليمان مرقس : المدخل للعلوم القانونية ، ص١١٧

٢١ ـ انيس ثروت الاسيوطي : نشأة المذاهب الفلسفية وتطورها ، القاهرة ، ١٩٦٤ ، ص١٦٤ ، فهو يرى انه يجب النظر الى التشريع نظرة موضوعية تتحرى تفسيره في ذاته ومستقلا عن ارادة منشئية ، وانظر :

Geny : Methodes d'interpretation, op, cit; P. 387

فهو يرى انه يكفي عند تفسير العرف معرفة مضمونه دون الحاجة الى التحري عن اية ارادة ذاتية .

٢٢ ـ Stassinopoulos : Traitè des actes adm, P. 142 etS

٢٣ ـ د. محمود حلمي : القضاء الاداري ، ط١ ، ١٩٧٤ ، ص٢٥٥ ـ د. رمزي طه الشاعر: تدرج البطلان في القرارات الادارية ، ص٢٩٥

الفصــل الثــاني

دور القضاء الاداري في مجال اثبات العرف الاداري

العرف ظاهرة تقوم على الوعي الغامض لدى الجماعة ، وغالبا ما يكتمل العلم بها بصورة لاحقة لنشوئها(١) .

ولا يقتصر الغموض على نشوء العرف ، بل على انقضائه ، فهذه الظاهرة لا تختفي بنفس الوضوح والدقة التي للنصوص ، ذلك لأن التعرف عليها والتأكد من عموميتها في وقت معين ، وبالنسبة لموضوع محدد في مكان محدد يعتبر مشكلة دقيقة في حد ذاته(٢) .

وفضلا عن ذلك فالعرف يستخلص مما جرى عليه العمل ، ودور القاضي اثبات وجوده ، وتحديد مضمونه وضبط احكامه(٣) .

كل ذلك يجعل للقاضي دورا كبيرا في التثبت من توفر أركان العرف ، بل ان ذلك من خصائص القاضي ومن حقه وواجبه ، الأمر الذي حدا بعض الفقهاء للقول بأن القضاء ينشيء القاعدة(٤) .

واستنادا الى هذا الدور الكبير الذي يلعبه القاضي ، فقد رايت بحث اثبات العرف الاداري من خلال الأبحاث المتعلقة بدور القاضي .

وهذا الاثبات يثير الحقائق الآتية :

ـ صعوبة اثبات القاعدة الادارية العرفية ـ عبء اثبات العرف الاداري ـ دور محكمة القانون في الاثبات ـ اثبات العادة الادارية .

البحث الأول

صعوبة اثبات القاعدة الادارية العرفية

العرف كما نعلم ينشأ من الوقائع(٥) ، وهذه الوقائع لا تنشيء القاعدة، وانما تقتصر على انشاء مضمونها دون أن تصوغها في ألفاظ منضبطة تعبر عن

وجودها وتوضح معناها ، ويترتب على ذلك صعوبة التحقق من وجود العرف وتعذر تعيين الوقت الذي يعتبر مبدأ لوجوده ، كل ذلك يتعارض مع ما يجب ان يتحقق في القاعدة من تحديد وثبات(٦) .

وصعوبة الاثبات لا تقتصر على وجود القاعدة العرفية ، بل يتعدى ذلك الى تحديد مضمونها ، وتعيين تاريخ نشوئها او الغائها او سقوطها(٧) .

فالقاعدة العرفية لا تنشأ دفعة واحدة ، بل تخضع لسنة الارتقاء ، وما هي الا خطوة واحدة حتى تتحول من واقع الى مسألة من مسائل القانون .

وتحديد هذه اللحظة التي تنتقل فيها العادة الى مجال القانون ، يقوم على تقدير شخصي ، ويختلف من تعامل الى آخر ، كما انه يفتح الباب الى التحكم والاحتمال .

ثم ما هو الخط الدقيق الذي يفصل بين هاتين المرحلتين .

انها مسألة بالغة الصعوبة والتحديد ، وهذا ما يفسر لنا ان بعض الشراح او المحاكم يعتبرون القاعدة عرفا ، وبعضهم يعتبرها مجرد عادة ، كما يفسر لنا ان محكمة ما تعتبر عادة معينة مجردة من قوة الالزام،ثم تعود فتعتبرها عرفا(٨) .

ومما يزيد الأمر صعوبة تعدد المناهج القانونية التي تصدت لتفسير العرف، وقد وجدنا بعض هذه المناهج ترى فيه مجرد حالة واقعية(٩) .

واذا تجاوزنا الخلافات الحادة التي نشبت حول تحديد طبيعة العرف ، واخذنا بالاتجاه الواقعي المعتدل الذي يجعل للعرف ركنين : مادي ومعنوي ، فالمسألة لا تنتهي ، بل يشجب الخلاف حول تحديد شروط الركن المادي ، ووضع المعايير لذلك .

ولقد عبر احد الفقهاء عن هذه الصعوبة بقوله « ليس هنالك معيار قاطع بالنسبة للعموم ، وهل هو مرتبط بالدولة أم بشخص عام أم بقسم اداري معين، أم انه يتصل بطائفة معينة من العاملين أم بكل العاملين ، وكذلك الانتظام بالتطبيقات الفردية او السوابق التي يعد تكرارها عرفا ، هل يحسب بعدد السوابق ، أم بالمدة ، وما هو الزمن »(١٠) .

وهذه الصعوبة اكثر ما تقع على عاتق القاضي ، ولقد صور لنا أحد الفقهاء

هذه الحقيقة بقوله « كيف يتسنى للقاضي معرفة القاعدة العرفية ، وكيف يتأكد ان حكمها لازال قائما ، ولم يصبه تطور ، عليه ان يتغلغل في سلوك الناس ليصل الى ما اعتادوا عليه ، وعليه أن يغوص في نفوسهم وضمائرهم ليستقصي مدى شعورهم بالزام ما اعتادوا عليه ، وعلى القاضي ان يتحرى منتهى الدقة عند قيامه بهذه المهمة ، لان التساهل في هذا المجال ، وفتح الباب على مصراعيه، يؤدي الى الخلق التحكمي لقواعد قانونية تنسب خطأ الى العرف لمجرد اعتياد قلة من الناس على حكم معين ، او لمجرد ميل القاضي الى هذا الحكم »(١١) .

ولقد احست المحكمة الادارية العليا في مصر بطبيعة العرف هذه القائمة على التحكم والاحتمال في الاثبات ، فصورت ذلك بقولها « ان القاعدة العرفية لا تشكل ضمانا مثل التشريع المكتوب ، فهي تظهر وتختفي بدون القطعية والوضوح مما يفتح تقدير وجودها والزامها الى التحكم والاحتمال »(١٢) .

المبحث الثاني

اثبات القاعدة الادارية العرفية

وسنقسم هذا البحث الى فرعين نتكلم في الاول عن عبء الاثبات في مجال القاعدة الادارية العرفية، ثم نتكلم في الفرع الثاني عن عبء اثبات العادة الادارية.

الفرع الأول

عبء اثبات القاعدة الادارية العرفية

العرف الاداري قاعدة قانونية يفترض بالقاضي العلم بها « لأنه اذا كان من المفروض علم العامة بالقانون ، فهذا الامر من باب اولى بالقاضي اداة الدولة واضعة القانون »(١٣) .

ومن حق القاضي وواجبه ان يطبق القاعدة العرفية من تلقاء نفسه ، وعليه أن يتحرى عنها ويعمل حكمها دون حاجة الى طلب الخصوم(١٤) .

ولكن ما يحدث احيانا وبصورة عملية ان يسترسل الخصوم في التدليل على حكم العرف فتنبههم المحكمة الى المامها به ، وتامرهم باثبات الواقع ، وكثيرا ما جرى على السنة القضاة العبارة الآتية : avocat passez aux fait le cour fait le droit وقول القضاء ايضا : اعطني الواقع اعطك القانون(١٥) .

هذا من حيث المبدأ ، ولكننا نعلم ان العرف يتكون بطريقة غير محسوسة ويمر بمراحل متعددة تشكل كل واحدة عنصرا من عناصره ، ولهذا يصبح من العسير على القاضي أن يحكم بقانون العرف ، وبالتالي يكون معذورا أن يجهل العرف لاسيما اذا كان محليا أو طائفيا(١٦) .

« من اجل ذلك جاز للقاضي ان يكلف الخصم اثبات وجوده ، وطبعا فلا يشترط في الشخص ان يقدم الدليل المطلق ، بل يكفي ان يشير الى وجود العرف ، ومن جهة اخرى فان عجز الخصم لا يعتبر سببا كافيا لعدم قيام العرف ، بل ان المعول عليه نهائيا هو قناعة القاضي »(١٧) .

والعرف يتألف من شروط ايجابية واخرى سلبية ـ كالخروج على العادة ـ ومن ثم فعلى من يتمسك بالعرف ان يثبت قيام الشروط الايجابية ، والعكس فعلى الطرف الآخر الدفع بالشروط السلبية(١٨) .

واثبات العرف هو اثبات قاعدة قانونية ، لذلك فان هذا الامر يتم في اية مرحلة من مراحل الدعوى ، وبكل الوسائل الممكنة المتروكة الى ضمير القاضي ، ودون التقيد بالأشكال والآجال التي يثيرها اثبات الوقائع(١٩) .

ويرى بعض الفقهاء « ان العرف بطبيعته غامض غير ثابت لأنه لا توجد وسيلة لاثباته وبيان حدود الحقوق والواجبات التي ينشئها »(٢٠) .

ونعتقد ان المسألة لا تطرح على اساس عدم وجود وسيلة لاثبات العرف ، وانما على اساس صعوبة الاثبات .

وعلى هذا الأساس ، واستنادا الى مبدأ الاثبات الحر أمام مجلس الدولة ، فالقاضي الاداري يمكنه ان يستعين في اثبات العرف الاداري بكافة الوسائل(٢١) .

ولاشك ان الاوراق الكتابية تلعب دورا هاما في اثبات الواقعة الادارية ، ولهذا كانت هذه الأوراق من أهم الأدلة على اثبات السابقة الادارية .

ويشترط في الاقرار الاداري أن يصدر عن الممثل القانوني للجهة الادارية المختصة بانشاء العرف الاداري ، ولقد تعرضنا الى اقرار السلطة التنفيذية في الكويت بوجود عرف اداري يتضمن منح قيمة رصيد الاجازات الادارية .

ونعتقد ان القرائن تلعب دورها في اثبات العرف ، ويمكننا ان نشير الى قرينة العلم بالقاعدة العرفية ، وعدم جواز الاعتذار بالجهل بها بعد انتشارها انتشارا كافيا .

الفرع الثاني

اثبات العادة الادارية

العادة ـ كما نعلم ـ واقعة مادية ، وهي ككل واقعة مادية لا يفترض بالقاضي علمه بها ، وبالمقابل فعلى الخصم ان يبادر ويقدم الدليل على وجودها ومضمونها ، ويخضع هذا الاثبات لسلطة القاضي التقديرية(٢٢) .

ولا يقصد بالعادة عملية الاتفاق ، وانما وجود العادة وقيامها المادي(٢٣) ، والقاضي لا يخضع في اثبات وجود العادة الاتفاقية او تفسيرها او تطبيقها لرقابة محكمة القانون لانها مسالة واقعية : qostio fait شانها في ذلك شان اي اتفاق ، طالما لم يمسخ ارادة المتعاقدين ، ولم يخرج على صريح اتفاقهما ، وقد استخلص بصورة سائغة ومعقولة المعنى الذي انتهى اليه(٢٤) .

والقاضي اذا طلب اليه تطبيق العادة وظهر له قصد المتعاقدين ، ثم رفض تطبيقها خضع للرقابة القانونية ، كما هي الحال في الخروج على نص صريح في العقد(٢٥) .

ولا يكفي وجود العادة حتى نفترض قيام الاتفاق عليها ، بل لابد من توجه خاص صريح أو ضمني من قبل ارادة المتعاقدين ، وهذا التوجه الضمني يستفاد من ظروف التعاقد(٢٦) .

ومن الظروف التي يستدل منها على الاتفاق الضمني « اعتياد المتعاملين في مجال معين ، او في منطقة معينة ، وكذلك عدم الاتفاق على خلاف هذا الحكم ، أو عدم تنظيم المسألة التي تحكمها العادة »(٢٧) .

وعلى القاضي أن يوضح في حكمه مقومات العادة الاتفاقية(٢٨) .

المبحث الثالث

دور محكمة القانون في اثبات العرف الاداري

يقوم نظام محكمة القانون « النقض » على مبدأ اساسي هو انها تراقب قاضي الموضوع في المسائل التي يثيرها القانون من حيث وجوده وتطبيقه وتفسيره ، ولكنها لا تراقبه فيما يتعلق بمسائل الواقع(٢٩) .

ولكن هل يمكن تطبيق هذا المبدا على القاعدة العرفية .

في الواقع ، وعلى الرغم من وضوح ذلك ، فقد راى بعض الشراح ضرورة اعطاء محكمة النقض حق الرقابة على تطبيق العرف دون وجوده(٣٠) .

« وفي الحقيقة انه اذا كان لمحكمة النقض مراقبة الوقائع التي تكون محلا لأعمال القواعد القانونية ، فليس ما يمنعها ، بل من واجبها التثبت من الوقائع التي تكون القاعدة القانونية ، لأن مسؤوليتها عن رقابة التطبيق تقتضي حتما التثبت من وجود القاعدة »(٣١) .

ثم لنا ان نتساءل ، لماذا يكون النظر بالوقائع غريبا عن ولاية القانون ، اليس القانون ينطوي على بعض الوقائع مثل واقعة اصداره .

ومع هذا ، فقد راينا من ينظر الى الموضوع من زاوية اخرى ، اذ يرى ان نترك التثبت من العرف الى القاضي (الموضوع) ، لا على اساس انه واقعة ، بل لأن اكثر الأعراف محلية ، ومن الصعوبة على محكمة القانون اثبات ذلك(٣٢) .

ولاشك ان الاخذ بذلك يجعلنا نضحي بالصعوبات على حساب ترسيخ المبادىء القانونية ووضوحها .

هذا مجمل ما قاله الفقهاء عن دور محكمة النقض في اثبات العرف ، ولكننا نعتقد ان القضية يجب ان تطرح على صعيد القانون الاداري بما يتفق مع روابطه.

وفي الواقع ان العرف في القانون الخاص نتاج ارادة الأفراد ، وليس القانون سوى قيد خارجي على تكوينه ، والعكس بالنسبة للعرف الاداري ، اذ هو نتاج ارادة السلطة الادارية ، وهذه الارادة منظمة تنظيما دقيقا بالقواعد القانونية ، الامر الذي حدا بعض الفقهاء للقول بأن الادارة تقتصر على تنفيذ القانون : secondum legem (٣٣) .

ولا حاجة للتأكيد بأن المسائل القانونية التي يثيرها تكوين العرف الاداري متعددة ، وقد تعرضنا الى بعض هذه المسائل مثل : صدور السابقة الادارية عن السلطة الادارية المختصة ــ مطابقة محلها للقواعد الشرعية ــ تدرج القواعد العرفية ــ خضوع العرف الاداري للقواعد الاجرائية ــ الرقابة التي تثيرها ممارسة السلطة التقديرية ــ تطبيق وتفسير النصوص ، وغير ذلك ....

ومن جهة أخرى ، فقد اتضح لنا ان العرف الاداري يستخلص من جماع السوابق وظروف التكرار ، وهذا الاستخلاص عملية عقلية ، او قاعدة منطقية ، من مسائل القانون(٢٤) .

لهذه الأسباب ، وحيث ان القاضي الاداري هو قاضي واقع ، وقاضي قانون(٢٥) ، فالباب مفتوح بشكل واسع امام المحكمة الادارية العليا « محكمة القانون » لتمحيص العرف الاداري ، وبسط رقابتها على المسائل والعناصر القانونية المتعددة .

الهوامش

١ ـ د. سليمان مرقس : المدخل للعلوم القانونية ، ص١١٧

٢ ـ د. محمد فؤاد مهنا : القانون الاداري العربي ، ص٩٢ ـ محمد حامد الجمل : الموظف العام ، ط٢ ، ص١٤١٩

٣ ـ عبد المنعم البدراوي : المدخل للعلوم القانونية ، ص٣٢٧

٤ ـ د. عدنان القوتلي : الوجيز في الحقوق المدنية ، ص٣٦٦

٥ ـ د. حسن كيره : المدخل الى القانون ، ص٣٥٢ و ٣٦٢

٦ ـ د. بكر القباني : العرف كمصدر للقانون الاداري ، ص٤٤ ـ د. محمد فؤاد مهنا : مبادىء واحكام القانون الاداري في جمهورية مصر العربية ، الاسكندرية ، مؤسسة شباب الجامعة ، ص٦١

٧ ـ د. توفيق شحاته : مبادىء القانون الاداري ، ج١ ، ط١ ، ١٩٥٤ـ١٩٥٥ ، ص٨٥

٨ ـ محمد حامد الجمل : الموظف العام ، ط٢ ، ص١٤١٩

٩ ـ Geny : Methodes d'interpretation, op, cit; P. 353

١٠ ـ محمد حامد الجمل : الموظف العام ، ط٢ ، ص١٤١٩ وما بعدها .

١١ ـ د. نعمان خليل جمعه : المدخل للعلوم القانونية ، ص٧٣

١٢ ـ مجموعة هذه المحكمة في عشر سنوات من ١٩٥٥ـ١٩٦٥ ، حكم رقم ٤٦٢ ، جلسة ١٩٦٥/٨/٧ ، ق٢ ، ص١٠٣٩

١٣ ـ د. عبد المنعم البدراوي : المدخل للعلوم القانونية ، ص١٩٧

١٤ ـ د. عدنان القوتلي : الوجيز في المدخل للحقوق المدنية ، ص٣٦١

١٥ ـ د. سمير تناغو : النظرية العامة للقانون ، ص٤٤٣ ـ د. ابراهيم عبد العزيز شيحا : مبادىء واحكام القانون الاداري اللبناني ، ١٩٨٢ ، الدار الجامعية ، بيروت ، ص٥٧

١٦ ـ Geny : Methodes d'interpretation, P. 345

١٧ ـ Lefebvre : Du rôle de la coutume, P. 76

١٨ - Geny : Methodes d'interpretation, P. 364

١٩ - Geny : Methodes d'interpretation, P. 354

٢٠ - د. محمد فؤاد مهنا: مبادىء واحكام القانون الاداري في جمهورية مصر العربية ، ص٦١

٢١ - د. طعيمة الجرف : قضاء الالغاء ، ص٣١٦ - د. احمد كمال الدين موسى : نظرية الاثبات في القانون الاداري ، القاهرة ، دار النهضة العربية ، ١٩٧٧ ، ص٣٢ ، وانظر :
Rivero : Droit adm, op, cit; P. 200

٢٢ - د. سمير تناغو : النظرية العامة للقانون ، ص٤٤٥

٢٣ - د. عبد الرزاق السنهوري : الوجيز في شرح القانون المدني ، ص٥٥٢

٢٤ - د. سمير تناغو : النظرية العامة للقانون ، ص٤٤٨

٢٥ - د. نعمان خليل جمعه : المدخل للعلوم القانونية ، ص١٨٢

٢٦ - د. نعمان خليل جمعه : المدخل للعلوم القانونية ، ص١٨١

٢٧ - د. نعمان خليل جمعه : المدخل للعلوم القانونية ، ص١٨٢

٢٨ - د. سمير تناغو : النظرية العامة للقانون ، ص٤٤٦

٢٩ - د. عبد الرزاق السنهوري : الوجيز في شرح القانون المدني ، ص٥٣

٣٠ - Geny : Methodes d'interpretation, op, cit; T.2 No. 179

٣١ - د. سمير تناغو : النظرية العامة للقانون ، ص٤٤٤

٣٢ - د. سمير تناغو : النظرية العامة للقانون ، ص٤٤٤

٣٣ - د. عادل سيد فهيم : القوة التنفيذية للقرار الاداري ، ص٣٦

٣٤ - Stassinopoulos : Traitè des actes adm, P. 155

٣٥ - د. عصام البرزنجي : السلطة التقديرية للادارة ، ص١٠٣

الباب الثالث

دراية تطبيقية للقواعد الادارية العرفية في بعض مجالات العرف الاداري

ان كل معرفة انسانية لها وجهان : المباديء والتطبيقات ، القاعدة المحضة، والقاعدة المطبقة : degle appliqué .

ولقد تعرضنا الى التعريف بالعرف الاداري وتحديد اركانه وطريقة نشاته، وغير ذلك من الامور التي تتسم بها كل قاعدة ادارية عرفية ، وبما يقترب من المعنى العام للعرف الاداري .

وفي هذا الباب سنحاول دراسة المعنى الخاص له ، وذلك بتتبع القواعد الادارية العرفية في بعض مجالات القانون الاداري ، ومعرفة المظاهر التطبيقية لها من خلال ما وصل الينا منها عن طريق الفقه ، او الاحكام القضائية ، او التعامل الاداري ، بحيث نشهد كيف تتجسد النظرية العامة في حلول عملية ، وبحيث نلمس عن كسب معطيات الواقع والدور العلمي للعرف الاداري ، كما ونطلع على الخصائص الذاتية لمختلف القواعد الادارية العرفية .

ولقد سرنا في هذه الدراسة على منهج علماء الطبيعة الذين يبحثون الشيء في ذاته ، او في حال السكون ، ثم يبحثون ديناميكيته ، اي حالتـه المتحركة والنتائج المترتبة على ذلك(١) .

ومن جهة اخرى، فقد لمسنا الثقة القوية في قدرة العرف في القانون الخاص على انتاج القواعد القانونية ، وكما عبر عن ذلك احد الفقهاء بقوله « ان القواعد المتاصلة في تصوراتنا القانونية ، والتي تجري مجرى القضايا المسلم بها كلها او بعضها من منشأ عرفي »(٢) .

---

١ ـ د. عادل سيد فهيم : القوة التنفيذية للقرار التنفيذي ، ص١٢١

٢ ـ د. عبد الحي حجازي : المدخل لدراسة العلوم القانونية ، ص٥٦٤

والأمر على خلافه بالنسبة للعرف الاداري ، فلقد عرضنا في المقدمة الى قول بعض الفقهاء بان العرف الاداري ذو دور ضئيل غير مذكور ، وهو ذو قيمة عملية يمكن اهمالها ، واخيرا فهو مصدر قليل الانتاج .

لهذه الأسباب ، فقد وجدت من المناسب تتبع هذه المظاهر التطبيقية للعرف الاداري ، لنضع ايدينا على الدور الحقيقي الذي يمكن ان يلعبه هذا العرف ، بحيث يتاح لنا من خلال دراسة النظرية العامة وتطبيقاتها الخروج بتصور عام وتقييم اجمالي حي وواقعي لهذه الظاهرة .

وفي الواقع ان دراســة اية نظرية ، انما يجب ان تشمل اســاس هذه النظرية ، اي كيف وجدت ، ثم مبرراتها ، اي لماذا وجدت ، واخيرا دراسة مجالاتها ، اي اين وجدت(٣) .

فالبحث في المجال يعني تحديد الحالات التي يمكن ان يظهر فيها العرف الاداري ، وبعبــارة اخرى تحديد ذلك الجانب من النشاط الاداري الذي يكون ميدانا للعرف(٤) .

هذا ونشير الى اننا اخترنا على سبيل المثال دراسة العرف الاداري في بعض المجالات ، وطبعا فلا يعني ان العرف لا ينشأ الا في هذه المجالات ، او انه ينظم موضوعا دون الآخر(٥) .

ذلك ان نظرية العرف الاداري تقوم على العمل الاداري الفردي ، وحيثما يتحقق هذا الشرط ينشأ العرف الاداري ، ومن ثم فلا مجال لبناء نظرية هذا العرف على اساس موضوعاته(٦) ، وبالعكس اذا ما استثنينا بعض القرارات الادارية الفردية المحصنة من الالغاء والتعويض فرقعة العرف الاداري ، تمتد باتســاع رقعة العمل الاداري الفردي المنشيء للأثر القانوني .

والمجــالات التي سنقوم بدراســة العرف الاداري فيهــا هي : قواعد الاختصاص الادارية ـ الوظيفة العامة ـ التاديب ـ الأموال العامة ـ الضبط الاداري ـ الشكل والاجراءات ـ التنظيم الداخلي للمرفق .

---

٣ ـ د. محمد مصطفى حسن : السلطة التقديرية للادارة ، ص٦٤

٤ ـ د. عصام عبد الوهاب البرزنجي : السلطة التقديرية للادارة ، ص١٧٥

٥ ـ د. محمد فؤاد مهنا : القانون الاداري العربي ، مجلد اول ، ١٩٦٧ ، ص٩٢ ، وكتابه مبادىء واحكام القانون الاداري في جمهورية مصر العربية ، ص٦٢ ، فهو يدلل بضيق المجالات التي يمكن الاعتماد فيها على العرف الاداري .

٦ ـ د. رمزي الشاعر : النظم السياسية والقانون الدستوري ، ص٨٩ ، فهو ينتقد راي جيرولا القائل : ان العرف الدستوري ينظم فقط العلاقة بين السلطتين التشريعية والتنفيذية .

الفصل الاول

العرف الاداري في مجال اختصاص السلطة الادارية

ان تحديد اختصاص السلطة الادارية ذو اهمية بالغة في النظام القانوني ، فهو احد مظاهر الدولة القانونية ، ومبدأ الشرعية وسيادة القانون ، وهو في نفس الوقت نتيجة من نتائج مبدأ الفصل بين السلطات ، لان هذا المبدأ لا يقضي بتحديد اختصاص السلطات العامة فحسب ، وانما بتوزيع الاختصاص وتحديده في اطر السلطة الواحدة(١) .

فقواعد الاختصاص في القانون العام توازي قواعد الاهلية في القانون الخاص، ومراعاة هذه القواعد ركن اساسي في كل عمل قانوني .

لهذه الاسباب ، فقد تم اختيارنا لدراسة العرف في هذا المجال وتقديمه على اي مجال آخر باعتباره يشكل حجر الزاوية في دراسة اي عمل اداري .

هذا وسنتكلم في هذا الفصل عن دور العرف الاداري في المجالات الآتية : مجال الحلول ـ التفويض ـ الانابة ـ المجالات الأخرى .

المبحث الأول

العرف الاداري في مجال الحلول

يقصد بالحلول ان يتغيب صاحب الاختصاص عن عمله ، او يقوم مانع يحول دون ممارسته لاختصاصه ، حينئذ يحل محله في ممارسة هذا الاختصاص من عينة المشرع(٢) .

واذا ما تحقق هذا الشرط حل الحال محل الأصيل بقوة القانون ، وبدون حاجة الى عمل اداري يصدر عن الأصيل .

واذا ما حل المرؤوس محل الرئيس وتكرر الأمر ، فنحن هنا امام مجرد تطبيقات للنصوص ، ولسنا امام سوابق ادارية تتوسط بين النص والوقائع ، ومن ثم فلا يمكن الحديث عن نشوء العرف الاداري من جراء ذلك .

ولكن قد يحدث أن لا يكون هنالك نص ينظم الحلول ، ومع ذلك فالضرورة تقضي باجرائه ، وهذا ما يفرضه المنطق والأصول العامة ومقتضيات سير المرفق العام باطراد وانتظام(٣) .

والسؤال المطروح هنا : هل ينشأ العرف الاداري من حلول المرؤوس محل الرئيس في مثل هذه الحال .

في الواقع لو رجعنا الى الابحاث السابقة لامكننا القول بأن نظرية العرف الاداري تقوم على تكرار الاعمال الادارية الفردية التي تؤثر في النظام القانوني .

وبالاضافة الى هذه الحال ، فنعتقد ان هنالك حالة اخرى ، هي تكرار الواقعة المادية المقترنة بأثر قانوني .

وهذه الحال الاخيرة لها نظائرها في النصوص ؛ فالنص ــ والعرف حال عكسية للنص من حيث الانتقال من المشخص الى المجرد ــ قد لا يطبق الا بالاستناد الى عمل اداري قانوني يتوسط بينه وبين الواقعة والعكس ، فقد يطبق بمجرد تحقق وقائع مادية معينة(٤) .

وهذا الامر نراه جليا في النصوص ، اذ نحن امام مبدأ عام يقضي بانحدار الاختصاص الى المرؤوس، وهذا الأصل ينفذ دون حاجة الى عمل اداري يجسده في الواقع ، ومن ثم فاذا ما حدث المانع ، وهو فرض القاعدة ، اقترن ذلك بالحل، وهو نسبة الاختصاص وانتقاله الى المرؤوس .

وتكرار العمل المادي المقترن بأثره القانوني هو الذي ينشيء قاعدة الاختصاص العرفية ، وهي قاعدة لا تحتاج الى عمل اداري ، بل ان المنطق يقضي بانحدار الاختصاص بصورة آلية دون حاجة الى اداة قانونية .

ولكن اين الركن المعنوي في هذه القاعدة .

لاشك ان اشخاص القاعدة هي : السلطة الادارية الرئاسية ــ السلطة المرؤوسة « الحال » ــ الغير الذين لهم مصلحة في القاعدة .

ولا حاجة للقول بان الركن المعنوي ينشأ من رضا هؤلاء ، او من عدم اعتراضهم عليها ، وان اسقاط دور ذوي المصلحة يعني نشوء العرف الاداري من محض ارادة السلطة الادارية ، مع ان آثار هذه القاعدة ستنعكس عليهم .

ونعتقد انه للوصول الى رضا الافراد ، يجب تكرار السوابق تكرارا مناسبا يفسح المجال لذيوع العادة الادارية بين ذوي المصلحة ، حتى اذا لم يظهروا الاعتراض عليها ، امكن القول بقبولهم لها .

هذا ، وقد اتيح لمحكمة القضاء الاداري في مصر ان تعرض لنشوء قاعدة الحلول وحجيتها ، قالت هذه المحكمة « ان قضاء هذه المحكمة قد استقر على ان العرف قد جرى منذ عهد بعيد على تخويل وكيل المديرية حق مباشرة اختصاصات المدير أثناء غيابه ، ما لم يكن هنالك مانع ، ولما كانت لائحة الترع والجسور قد خلت من اي نص يحرم وكيل المديرية من مباشرة اختصاص المدير في رئاسة لجان مخالفات الري ، فان حلوله في هذه اللجان جائز ولا مخالفة فيه لأحكام القانون »(٥) .

كذلك فقد اقر الفقه قدرة العرف الاداري على انشاء قواعد ادارية في هذا المجال ، وان كان قد أشار الى ندرة هذه القواعد(٦) .

البحث الثاني

العرف الاداري في مجال التفويض

التفويض بالسلطة عمل اداري يعهد بمقتضاه احد اعضاء السلطة الادارية الى عضو آخر ببعض اختصاصاته(٧) .

« والتفويض بالسلطة من أقدم نظريات القانون الاداري ، فقد استخدمته الفراعنة ، واستمر استخدامه حتى العصر الحديث مع تزايد دور الدولة واتساع مجالات نشاطها .

وقد عرفت الادارة الاسلامية هذا النظام، ونشات من جراء ذلك تقاليد وأعراف ادارية، لاسيما في ظل الخلافة العباسية ، وكان من ابرز ما تضمنته هذه الأعراف التفريق بين وزراء التفويض وغيرهم ، ثم ما يجوز لوزير التفويض ممارسته من الاختصاصات ، وما يجوز له التفويض به »(٨) .

وحتى تنشا قواعد التفويض العرفية يجب أن يكون التفويض بالسلطة ، فهذا التفويض هو الذي يحدد معنى القاعدة من حيث التجرد ، وهو الذي يؤدي الى تعديل قواعد اختصاص ، بعكس الحال بالنسبة لتفويض التوقيع ، فهو

مجرد عمل مادي(٩) . وعلى هذا الأساس ، فتكرار تفويض التوقيع يفضي الى نشوء تقليد اداري ، وليس الى نشوء عرف اداري(١٠) .

ولا حاجة للقول بأن كون المخاطب بهذه القاعدة شخصا واحدا (المفوض اليه) لا يؤثر على نشوء العرف طالما كان التوجه اليه بصورة عامة ومجردة .

ولقد تعرضنا الى رأي الفقيه اليوناني ستاسينو بولس القائل بأن العرف الاداري قادر في فرنسا على انشاء قواعد ادارية في مجال التفويض ، وان كان القانون الاداري اليوناني لا يسمح بذلك(١١) .

ونعتقد ان القضية يجب ان تطرح على اساس التسليم بوجود العرف الاداري كمصدر للقانون ام لا ، وفي حال الايجاب يجب التسليم بقدرته على انشاء قواعد تتعلق بالاختصاص ، لاسيما ان التفويض عمل اداري يؤثر في النظام القانوني ، وهذا هو الركن الأساسي في العرف الاداري(١٢) .

وطبعا فلا يعتبر تفويضا ان تعهد جهة ادارية الى اخرى القيام بدراسات او تحريات في موضوع معين ، او اجراء تحقيق فيه ، او ان تحيل اليها اعداد نشرات او الرد على المكاتبات ، او تحويلها الى جهات أخرى(١٣) ، فتكرار هذه الأعمال لا ينشيء الا عادات ادارية .

وبالرجوع الى النصوص التي نظمت التفويض في مصر نلاحظ انها منحت الادارة سلطة تقديرية بذلك(١٤) ، ولاشك ان السلطة التقديرية هي أم الباب في انشاء العرف الاداري لما يتوفر بها من عنصر الاختيار .

اما بشأن موقف الفقه المصري ، فيرى بعض الفقهاء « انه ليس هنالك جواب واضح للسؤال المطروح في الفقه الفرنسي ، الا انه لا مجال لاستبعاد العرف في هذا المجال مادام من المسلم به باجماع الفقهاء ان العرف مصدر القانون الاداري ، وان كان ليس مفروضا وجود عرف بالتفويض ، بل وجود عرف يأذن به ، او يستند اليه قرار التفويض »(١٥) .

ويرى احد الفقهاء(١٦) ، ان القضاء الاداري في مصر اعتنق نظرية التفويض من خلال حكمه الصادر في ٢٩ نوفمبر ١٩٥٨ الذي جاء فيه « ان الأمر العالي الصادر في ٨ مارس سنة ١٨٨١ في شأن الالات الرافعة يخلو من نص يفوض وزير الأشغال تحديد اجور الري بآلات الرافعة ، ومع ذلك فقد اقرت المحكمة الاعتراف للوزير بجواز تحديد هذه الأجور على اساس ان هذا التحديد كان يتم

بطريق النص في رخص مستغلي الآلات على تعهدهم بقبول ري اراضي المتعاقدين معهم بالفئات التي تحددها القرارات التي يصدرها وزير الأشغال ، وان سلطة الوزير تقديرية في ذلك »(١٧) .

ونعتقد ان هذا العرف لا يتوفر بـه مقومات العرف الاداري بتفويض السلطة لان نظرية التفويض الاداري تفترض وجود سلطتين اداريتين ، وهو ما لا نلحظه في هذا المثال .

ونعيد الى الذاكرة ما قلناه من ان قواعد الاختصاص لها أثرها القانوني على الشخص المفوض بالاختصاص وعلى الغير الذين تتأثر مصالحهم من هذا التغيير ، وبسبب ذلك فقد حدث تطور في امكان قبول التفويض الشفوي .

هذا وعلى الرغم من عدول مجلس الدولة الفرنسي عن موقفه من قرار التفويض وضرورة ان يكون مكتوبا حتى ينتج اثره بالنسبة للغير(١٨) ، فنعتقد ان هذا النوع من القرارات الفردية (الشفوية) ، يمكن لها ان تنشيء بتكرارها عرفا ، اذا ما خلقنا حالا من الذيوع في العادة ، لان هذا المناخ القانوني ـ وخلافا للقرار الفردي ـ يخلق ضميرا قانونيا يسد الثغرة الناجمة من عـدم اطلاع الأفراد على قرار التفويض غير الكتابي .

ونعتقد ان القول بغير ذلك يقودنا الى هدم نظرية العرف الاداري ، وعدم التسليم للقرارات الشفوية بانشاء العرف الاداري ، مع ان هـذه القرارات لا تختلف بالأساس عن القرارات المكتوبة .

صحيح ان القرار المكتوب اكثر وضوحا من القرار الشفوي ، وهو يساعد على نقل القاعدة العرفية الى اصحاب المصلحة ، ولكن ذيوع العرف الاداري الناشيء من قرارات شفهية يحقق الركن المعنوي الذي هو جوهر هذه الظاهرة .

ونعتقد ان شرط الشكل الذي قرره مجلس الدولة الفرنسي ، انما كان لغاية محددة لا تتعداها ، وهي نقل القرار الى علم الغير ، وهذا الشرط من الممكن تحقيقه عن طريق الانتشار الكافي .

هذا وننوه بان مجلس الدولة الفرنسي اقر نشوء العرف الاداري بتفويض السلطة من خلال قرارات شفهية ، وذلك في حكمه الصادر في ٣٠ مايو سنة ١٨٨٤ ، وقد نشأ هذا العرف من تطبيق المادة الثالثة من المرسوم الصادر في

الثالث والعشرين من شهر ديسمبر ١٨٥٤ والتي كانت ترخص للمحافظ ان يفوض بعض اختصاصاته(١٩) .

ولاشك ان رضا اصحاب المصلحة في القاعدة الادارية العرفية ، او عدم احتجاجهم يعتبر عنصرا من عناصر الركن المعنوي ، والا فالعرف ينشأ من موافقة المفوض والمفوض اليه .

البحث الثالث

العرف الاداري في مجال الإنابة

« وتفترض الانابة وجود مانع مؤقت او دائم يحول بين الاصيل وبين ممارسته لاختصاصه ، فتتصدى سلطة اخرى غير الأصلية وتعين الجهة التي تمارس السلطة أثناء غياب الأصيل »(٢٠) .

والنيابة على خلاف الحلول لا تتم بشكل آلي ، بل تحتاج الى قرار اداري يصدر عن الجهة التي تحددها النصوص ، اما في حال عدم وجود نص ينظم ذلك ، فعندئذ يصدر القرار عن السلطة التي تقع في قمة الجهاز الاداري » .

والنيابة ــ وفقا لما تقدم ــ ظاهرة تفرضها الضرورة وتحتمها طبيعة المرفق الاداري القائمة على الاطراد والانتظام .

ونعتقد ان الفرصة سانحة لنشوء العرف الاداري في هذا المجال بسبب تمتع الادارة بسلطة تقديرية في اصدار قرار الانابة ، وبسبب المركز العام والمجرد الذي يتمتع به النائب والعلاقة الموضوعية التي تنظم الاختصاص الجديد .

وعلى ضوء ذلك ، فنعتقد ان القرار المنيب اذا ما تكرر واقترن بالعنصر المعنوي ، فانه ينشيء عادة مستكملة لكافة مقومات العرف الاداري .

فالتأثير في النظام القانوني واضح من حيث ان الانابة تنقل الاختصاص الى السلطة الجديدة .

والاختصاص المنقول ذو صفة موضوعية ومجردة من اية صفة ذاتية . وهذه القاعدة الوليدة يتوفر بها ركن الأشخاص المخاطبين بها وهم :

ـ الشخص المنيب ـ الشخص المناب ـ الأفراد والجهات الادارية المتأثرة بنقل الاختصاص .

ويرى بعض الفقهاء « ان ما يميز النيابة عن الحلول والتفويض هو كثرة القواعد العرفية التي تأذن بها »(٢١) .

ولاشك ان المقصود بالعرف هنا العرف الاداري لانه ينظم العلاقة بين سلطتين اداريتين ، وهذا التنظيم يقوم على أسس موضوعية ومجردة ويتوفر له أشخاص القاعدة العرفية .

البحث الرابع

الحالات الاخرى التي يمارس بها العرف الاداري دوره في انشاء قواعد اختصاص

وكما ذكرنا فالعرف الاداري يستطيع القيام بنفس المهام التي تقوم بها النصوص ، وعلى هذا الأساس فالأعراف الادارية المتعلقة بالاختصاص والتي سنعرض لها لا تقدم الا حقيقة مجتزاة ونسبية ، وهي الصورة التي استطعنا الوصول اليها من خلال الأعراف المنبثة في تضاعيف احكام القضاء وآراء الفقه .

وهذه الصورة التي سنعرض لها سنبرزها في الآتي :

منح الادارة اختصاص اصدار اللوائح ـ منح الادارة اختصاص التعيين في الوظائف العامة ـ العرف في مجال اللامركزية الادارية .

الفرع الأول

دور العرف الاداري في منح الادارة اختصاص اصدار اللوائح

تعرضنا الى القاعدة الادارية العرفية التي نشأت في مصر والمتضمنة قيام وزارة المالية باصدار كتب دورية تفسر قرارات مجلس الوزراء المتعلقة بالوظيفة العامة ، وقلنا ان هذا العرف له تأثيره في النظام القانوني باعتباره الأساس في اصدار القرارات الفردية .

وفضلا عن ذلك فقد تعرضنا للدور التاريخي الذي لعبه العرف الاداري في منح الادارة سلطة اصدار اللوائح(٢٢) ، ومن جهة اخرى ، فقد اجرينا مقارنة

بين هذا العرف والعرف الدستوري الذي كان اساس منح الادارة سلطة اصدار لوائح الضبط الاداري .

ونعتقد انه حتى تتوفر بهذا العرف مقوماته القانونية ، لابد له من صدور العمل العام عن سلطة ادارية في مواجهة سلطة ادارية اخرى او اكثر ، وان يتكرر صدور اللائحة تكرارا مناسبا وكافيا لحمل القاعدة الى كل ذي علاقة حتى يتاح لهم الاعتراض على القاعدة الناشئة .

الفرع الثاني

دور العرف الاداري في منح الادارة اختصاص التعيين في الوظائف العامة

والمثال على ذلك في العرف الاداري الذي استقر في الاذاعة المصرية . وتبيان ذلك انه صدر القانون رقم ٩٨ لسنة ١٩٤٩ المتضمن انشاء مؤسسة عامة تدير مرفق الاذاعة المصرية ، وقد فوض هذا القانون مجلس الادارة في وضع القواعد العامة المنظمة لموظفيها الفنيين على ان تصدر اللائحة التي يقرها بقرار من مجلس الوزراء .

« وبسبب عدم صدور اللائحة ووجود هذا الفراغ القانوني ، فقد جرى العمل على قيام مدير الاذاعة بالتعيين في الوظائف التي لا يتجاوز مربوطها /١٢٠/ جنيها سنويا ، ثم قيام لجنة شؤون الموظفين بالتعيين في الوظائف التي يزيد مربوطها على /١٨٠/ جنيها على ان يكون قرارها نهائيا في الوظائف التي لا يزيد مربوطها على /٤٢٠/ جنيها سنويا ، وقد تضمن العرف الاداري ايضا ضرورة عرض امر تعيين وترقية هؤلاء الموظفين على مجلس الوزراء لاعتمادها والموافقة عليها »(٢٢) .

والفرق واضح بين القواعد الادارية العرفية المذكورة ، وبين انشاء العرف الاداري لقواعد موضوعية او اجرائية .

ففي حال القواعد الموضوعية او الاجرائية ، نكون امام نصوص قانونية تمنح السلطة الادارية ممارسة نشاط معين ، ثم تقوم السلطة بممارسة الاختصاص من خلال تكرار اصدار تصرفات قانونية ، وكلما تحققت شروط معينة .

اما في حال انشاء العرف الاداري لقواعد اختصاص ، فالادارة غير مختصة

اساسا بممارسة النشاط الاداري ، ولكنها بسبب الفراغ القانوني تقوم بداءة بممارسته ضمن اطار معين .

فهذا العرف اعطى سلطة التعيين في الوظائف التي لا يتجاوز مربوطها /١٢٠/ او /١٨٠/ جنيها سنويا ، وطبعا فالعرف المذكور نشأ من خلال تكرار قرارات فردية ، ولكن تكرار هذه ليس على اساس نمط معين وكلما تحققت شروط محددة ، وانما في كل مرة يتم بها التعيين بما لا يتجاوز مربوط الـ /١٢٠/ او /١٨٠/ جنيها .

الفرع الثالث

دور العرف الاداري في انشاء اللامركزية الادارية

ونقصد هنا الدور التاريخي الذي لعبه العرف الاداري في نشوء اختصاصات اللامركزية الادارية على اعتبار ان النصوص التشريعية هي التي تسوس حاليا هذه الاشخاص الادارية .

والسؤال المطروح هنا هو ، هل لعب العرف الاداري دوره في هذا المجال . نحن هنا امام ثلاث نظريات :

ـ النظرية الاولى ، وترى ان اللامركزية نشأت بفعل التقاليد الادارية(٢٤) .

ـ النظرية الثانية ، وترى ان هذه النشأة (بالنسبة للوحدات المحلية) تمت بفعل التطور التاريخي(٢٥) .

ـ النظرية الثالثة ، وهي الاقرب الى النظرية الثانية ، وترى ان الأمر يختلف في فرنسا عنه في انكلترا .

« اما بالنسبة لانجلترا ، فترى هذه النظرية ان الوحدات المحلية قد وجدت قبل الدولة والبرلمان والقانون ، وانها نشأت بقوة التطور التاريخي وبفعل الظروف والأحوال الطبيعية .

والامر على خلافه في فرنسا ، فقد ظهرت مباشرة كدولة موحدة تجمع في يدها كافة الاختصاصات ، وبالمقابل فلم يكن للهيئات الادارية وجود ، ولكن السلطة المركزية اخذت تتنازل عن بعض اختصاصاتها للسلطات المحلية مع احتفاظها بحق الرقابة »(٢٦) .

وبعد هذا العرض يمكننا مناقشة الراي الاول وتحديد المقصود بالتقاليد الادارية التي انشات النظام اللامركزي .

وفي الحقيقة اذا قبلنا ان التقاليد ذات دلالة مادية (تطور تاريخي وطبيعي لا قانوني) ، فهذا الامر ينطبق على الوحدات المحلية في انجلترا .

اما اذا اعتبرنا ان له دلالة قانونية ، فالمقصود منه العرف الاداري بالمعنى الفني والعلمي ، ومن ثم فهذا العرف يمكنه أن يفسر نشوء اللامركزية في النظام الفرنسي ، او في الانظمة المشابهة .

ونعتقد ان هذا النظام القانوني المنشيء للوحدات المحلية لا يعدو ان يأخذ احد المظهرين الآتيين :

١ ــ قيام السلطة المركزية بتفويض سلطاتها شيئا فشيئا الى الوحدات المحلية دون ان يكون هنالك نصوص قانونية ، وذلك بفعل اعراف ادارية .

٢ ــ قيام الوحدات المحلية بممارسة اختصاصات ادارية معينة ، ثم تكرار هذا الامر تكرارا يقترن بموافقة السلطات المركزية ، او على الاقل عدم اعتراضها على ذلك .

والمثل الفرنسي يؤكد لنا انه لا يمكن اسقاط النظام المركزي من الحساب عند دراسة نشوء اللامركزية ، كما يؤكد لنا ان هذا النظام المركزي (وهو نظام قانوني) خضع لمؤثرات واقعية ، وان نشوء اللامركزية كان نتيجة « تسوية بين العوامل المركزية المنحدرة من مفاهيم نابليون عن السلطة ، وبين العوامل المحلية ، فهو يقوم على عناصر واقعية وقانونية » : divers elements de fait et de droit (٢٧) .

الفرع الرابع

العرف الاداري في مجال الاختصاص التقديري للسلطة الادارية

يرى بعض الفقهاء ان السلطة التقديرية للادارة تستمد وجودها من كافة المصادر القانونية ، فهي توجد في القانون المكتوب (الدستور والقانون واللوائح)، كما توجد في المصادر التكميلية والتفسيرية التي تقوم الى جانب القانون المكتوب كالعرف واحكام القضاء والمباديء العامة للقانون(٢٨) .

ونعتقد ان قيام سلطة العرف الاداري في انشاء قواعد الاختصاص التقديرية للادارة يفترض تخلف النص في تنظيم المسألة ، ثم قيام العرف الاداري بذلك وانما على اساس تقديري ، لا على اساس التقييد .

فمثلا قد تقوم الادارة ، ودون الاستناد الى نص قانوني بممارسة التعيين في الوظيفة العامة على اساس الاختيار ، ثم تكرار ذلك ، فهذا التكرار المنتظم ينشيء للادارة اختصاصا قانونيا جديدا ، ولكن هذا الاختصاص تقديري لأن الادارة كانت تمارس النشاط المستحدث بحرية واختيار .

وطبعا فلا يشترط فقط أن تمارس الادارة اصدار التصرفات ابتداء واختيارا وانما قد ينصرف الأمر الى اي اجراء مؤثر في النظام القانوني ، أو الى اي عنصر من عناصر القرار الاداري مثل غايته او سببه او محله .

ويمكننا ان نضرب مثلا على ذلك في العرف الاداري الذي انشأ الاختصاص لمجلس القرعة العسكرية في التحقيق بالاعذار المقدمة له ، ثم اصدار قراراته بقبول هذه الأعذار ، أو عدم قبولها ، ورغم عدم وجود نظام حول ذلك في القانون رقم /١٠/ المتعلق بالقرعة العسكرية(٢٩) .

الهــوامش

١ ـ د. سليمان الطماوي : النظرية العامة للقرارات الادارية ، ص١٥

٢ ـ د. عبد الفتاح حسن : التفويض في القانون الاداري وعلم الادارة العامة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٧٠ـ١٩٧١ ، ص٩٢

٣ ـ مجموعة احكام المحكمة الادارية العليا في مصر : س٣ ، بند ٢٧ ، ص٢١٦

٤ ـ د. مصطفى ابو زيد فهمي : القضاء الاداري ، ط٤ ، ص١٥ وما بعدها .

٥ ـ مجموعة احكام مجلس الدولة : السنة السادسة ، القضية رقم ٥٢٧ ، لسنة ٥ ق ، حكم رقم ١٨٨ ، جلسة : ١٩٥٢/٢/٢٦ ، ص٥٥٤

٦ ـ د. عبد الفتاح حسن: التفويض في القانون الاداري وعلم الادارة العامة، ص٣٨، وانظر:
Auhy et Drago : Traitè de contentieux adm, T.2, 1963, No. 1073

٧ ـ د. عبد الفتاح حسن : التفويض في القانون الاداري وعلم الادارة العامة ، ص٧٩

٨ ـ د. محمود ابراهيم الوالي : نظرية التفويض الاداري ، القاهرة ، ١٩٧٩ ، ط١ ، دار الفكر العربي ، ص٢١٠ و ١٩٤ و ٤٠٦

٩ ـ د. محمود ابراهيم الوالي : نظرية التفويض الاداري ، ص٥٨ و ٣٧٢

١٠ ـ C.E.F. 15 Juin, 1928, Antin, Rec, P. 764

١١ ـ Stassinopoulos : Traitè des actes adm, P. 111

١٢ ـ د. محمود ابراهيم الوالي : نظرية التفويض الاداري ، ص٢١٠

١٣ ـ د. عبد الفتاح حسن : التفويض في القانون الاداري وعلم الادارة العامة ، ص٨٥

١٤ ـ القانون رقم ٣٩٠ لعام ١٩٥٦ المعدل بالقانون رقم ١٢٧ لسنة ١٩٥٧ الخاص بتفويض الاختصاصات ، والمادة السادسة من قانون الادارة المحلية رقم ١٢٤ لعام ١٩٦٠ المعدلة بالمادة ٢٧ من القرار الجمهوري بالقانون رقم ٤٣ لعام ١٩٧٩ ، ثم رقم ٤٢ لعام ١٩٦٧ بشان التفويض بالاختصاصات ، والمادة الثالثة من القانون رقم /١/ لسنة ١٩٥٨ بتفويض رئيس الجمهورية بعض اختصاصاته ، والقانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٦٤ بجواز قيام رئيس الجهاز المركزي للمحاسبات بتفويض النائب باختصاصاته .

١٥ ـ د. عبد الفتاح حسن : التفويض في القانون الاداري وعلم الادارة العامة ، ص٨٥

١٦ ـ د. محمود ابراهيم الوالي : نظرية التفويض الاداري ، ص٢٥٨

١٧ ـ مجموعة المحكمة الادارية العليا : السنة التاسعة ، ص١٣٦٢

١٨ ـ C.E.F. 22 Juill, 1936. Societè des garages de France Rec, P. 839

١٩ ـ C.E.F. 30 Mais, 1884, Rec, P. 484

٢٠ ـ د. عبد الفتاح حسن : التفويض في القانون الاداري وعلم الادارة العامة ، ص٤٧

٢١ ـ د. عبد الفتاح حسن : التفويض في القانون الاداري وعلم الادارة العامة ، ص٩٧

٢٢ ـ زهدي يكن : القانون الاداري ، ص٨٨ ـ محمد حامد الجمل : الموظف العام ، ط٢ ، ص١٢٢٠

٢٣ ـ محمد حامد الجمل : الموظف العام ، ط٢ ، ص٣٦٣ و ص٣٦٤

٢٤ ـ د. عزة الايوبي : محاضرات في القانون الاداري ، جامعة بيروت العربية، ١٩٦٢، ص٩٧

٢٥ ـ د. عثمان خليل : التنظيم الاداري في الدول العربية ، محاضرات لقسم القانون ، معهد الدراسات العربية العليا ، ١٩٥٩ـ١٩٦٠ ، ص١٥

٢٦ ـ د. محمد فؤاد مهنا : القانون الاداري العربي ، مجلد اول ، ١٩٦٧ ، ص٤٨٢

٢٧ ـ De laubadère : Traitè de droit adm, 6ed, op, cit; P. 113

٢٨ ـ د. طعيمة الجرف : مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الدولة للقانون ، ص٨٦

٢٩ ـ مجموعة محكمة القضاء الاداري في مصر ، السنة ٥ ، حكم رقم ٩ ، جلسة : ٣١ اكتوبر سنة ١٩٥٠

الفصـــل الثـــاني

العرف الاداري في مجال الوظيفة العامة

تحتل الوظيفة العامة رقعة واسعة من دائرة القانون الاداري ، ولهذا كان علينا ان نتساءل عن دور العرف الاداري في هذا المجال ، وان نحدد ثانيا طبيعة هذا الدور واهميته .

ودراستنا لدور العرف في هذا المجال تأخذ المظهرين الآتيين :

ـ المظهر الأول ذو طبيعة تحليلية ، حيث ساختار جانبـا من جوانب الوظيفة العامة هو مسالة التاديب ، ثم اقوم بدراســة هذا الجانب دراســة تفصيلية ، احدد فيها طبيعة هذه القواعد واسباب نشاتها ، وغير ذلك من الامور .

ـ المظهر الثاني ، وساكتفي فيه باستعراض وسرد الأعراف الادارية في بقية جوانب ومجالات الوظيفة العامة .

ولعل دافعنا الى ذلك هو كثرة مواضيع الوظيفة العامة ، الامر الذي يصعب علينا جمع شتاتها تحت عنوان موحد .

البحث الأول

العرف الاداري في مجال التاديب

وسنقسم هذا البحث الى الفروع الآتية :

اسباب وعوامل نشوء العرف الاداري في هذا المجال ـ مفهوم القاعـدة العرفية التأديبية ـ دور العرف في تحديد النصوص التأديبية ـ دور الأعراف الادارية في تحديد مضمون النصوص التأديبية ـ العرف الاداري في معرض ممارسة السلطة التقديرية ـ دور العرف الاداري في تحديد الركن المـادي للجريمة التأديبية .

الفرع الأول

اسباب نشوء العرف الاداري في هذا المجال

هنالك عوامل متعددة تدفع لنشوء العرف الاداري في مجال التاديب ، وهذه العوامل هي :

١ ـ ان النصوص التي تحدد الجريمة التاديبية كثيرا ما تاتي مرنة(١) ، ولاشك ان العرف يجد المجال المناسب لنشوئه في النصوص المرنة .

٢ ـ ان الجريمة التاديبية لا تخضع لقاعدة « لا جريمة بدون نص » تلك القاعدة التي تعرف باسم مشروعية الجريمة .

٣ ـ السلطة الادارية هي جوهر النظام التاديبي ، وتتمتع بسلطة تقديرية واسعة في اقامة هذا النظام(٢) ، والسلطة التقديرية ـ كما اتضح ـ تلعب دورا كبيرا في الانشاء والابتداع الذي هو جوهر العرف الاداري .

٤ ـ على الرغم من مبدا تفريد العقوبة التاديبية ، فالنظام التاديبي ذو صفة طائفية ، والادارة ملزمة بتحقيق المساواة بين افراد الطائفة الواحدة ، وبأن تجري قراراتها بصورة موضوعية(٣) .

الفرع الثاني

مفهوم القاعدة العرفية التاديبية

لابد من الاشارة الى ان الأداة التاديبية سواء التي تحدد الجريمة او التي تفرض العقاب ، هذه الاداة تنشيء اثرا مستحدثا في النظام القانوني ، ومن ثم فهي تخضع للنظرية العامة للعمل الاداري(٤) .

ولكن مما تجدر الاشارة اليه انه اذا كان العمل الاداري المنشيء للعرف التاديبي يختلف عن بعض الأعمال الادارية لجهة عدم ضرورة موافقة الأفراد على صدوره ، فالعرف الاداري كقاعدة تنظيمية لا يختلف في نشأته عن بقية الاعراف الادارية لجهة الركن المعنوي ، اي الرضا والقبول ، وهذا القبول هو رضا الادارة والافراد أصحاب المصلحة ، ولا يمكن القول بان صفة الالزام في الأوامر التأديبية تتنافى مع تكون راي عام وضروري لنشأة العرف ، فالالزام في العمل الاداري لا يستغرق ارادة الأفراد .

واذا كانت هذه الارادة لا تظهر عند تكون العمل الاداري ، فانها تبقى حرة في قبول القاعدة او رفضها من خلال الاحتجاجات الادارية أو الطعون القضائية التي تحول دون تكون العرف في هذا المجال .

ذلك لأن القاعدة التي تنشأ في هذا المجال تنظم روابط قانونية بين طرفين : الادارة والأفراد ، ولكل طرف مصلحته المستقلة ، ومن الضروري اعطاء اصحاب المصلحة حق القبول او الرفض للقاعدة التي تضر بمصالحهم .

واذا كانت الادارة تستقل في اصدار القرار التاديبي ، فهذا الاستقلال لا يعني انشاء القواعد القانونية ، نظرا لوجود الاختلاف والتمايز في الآثار والنتائج بين اصدار القرار ، وبين انشاء القاعدة ، والقول بغير ذلك يعني هيمنة مصلحة الادارة على مصالح الأفراد وتحول الادارة الى سلطة مشرعة .

الفرع الثالث

دور العرف في تحديد مضمون النصوص التاديبية

ونقصد بالعرف هنا العرف الاداري بالمعنى الفني والعلمي الذي سبق تحديد مقوماته ، ثم العرف بالمعنى الاجتماعي الذي لا تتوفر به اركان القاعدة الادارية العرفية .

اولا ـ دور التقاليد الاجتماعية في تحديد مضمون النصوص التاديبية :

ذكرنا سابقا ان النصوص كثيرا ما تحيل الى العرف لتحديد عناصر فكرة قانونية مرنة ، وهذه الاحالة كثيرا ما تكون الى الأعراف الاجتماعية التي لا يتوفر بها الشروط الفنية والدقيقة للعرف الاداري .

والمثال الحي على ذلك في الوصف القانوني « الواجب الوظيفي » ، فهذا الوصف ذو دلالة عامة وتحديد عناصره وحدوده يتم بواسطة احالة النصوص الى التقاليد الاجتماعية(٥) .

والسؤال الواجب طرحه هو ، الا تتعارض هذه الاحالة مع فكرة استقلال الادارة في وضع النظام التاديبي ، لاسيما ان هذه الحقائق الاجتماعية تقع خارج نطاق المرفق الاداري ، وان فرضها يعني خضوع مقتضيات المرفق لامور خارجة عنه .

نعتقد ان الادارة تستقل في تحديد الجريمة التاديبية ، ومن ثم تستطيع رفض عادة اجتماعية اذا كانت هذه العادة خاصة ، والمثال على ذلك يتجلى في عادة لبس الطربوش ، اذ ان العادة المذكورة اجتماعية ، ومن الخطورة فرض مثل هذه العادة بدون موافقة الادارة عليها .

ذلك ان العرف الاداري هو عرف السلطة الادارية ، وليس العرف الشعبي الذي ينشا في الوسط الاجتماعي ، وانه لابد لتحول هذا العرف الاخير الى عرف اداري من ان يحظى بقبول الادارة وموافقتها ، وهذا ما نراه في عادة لبس الطربوش(٦) .

اما اذا تعمقت العادة وجدان الشعب ، واصبحت جزءا من الارادة العامة ، فليس للادارة هنا الخيار في تجاوز هذا العرف الذي هو جزء من النظام العام ومن القيم العليا للجماعة(٧) ، التي تفرض نفسها على الادارة كجزء من موجبات الوظيفة .

ولقد جرى القضاء المصري ، وعلى راسه المحكمة الادارية العليا على ابراز هذه الحقيقة ، حيث اوضحت اهمية الاعراف العامة والتقاليد الاجتماعية في تحديد واجبات الوظيفة ، واعتبرت خرقها مدعاة للمساءلة التاديبية ، قالت هذه المحكمة « ان تعاليم الدين وتقاليد المجتمع المصري لا يمكن ان تتفق مع دخول رجل غير محرم منزل انثى لا يقيم معها احد من اهلها مهما كانت الدوافع شريفة ، وانه كان اسلم للمدعي واطهر لـه ان يبتعد عن مواطن الريب درءا للشبهات ، ومن ثم يكون المدعي قد خرج على مقتضى الواجب في اعمال وظيفته كمدرس حين زار المدرسات في مسكنهن الخاص وعندما زرنه في منزله بناء على دعوته لهن للقيام بهذه الزيارة »(٨) .

ثانيا ــ دور الأعراف الادارية في تحديد مضمون النصوص التاديبية :

وهنا نكون امام اعراف ادارية يتوفر بها كافة اركان ومقومات العرف الاداري بالمعنى العلمي والفني لهذه الكلمة ، اي الأعراف الناشئة من تكرار الاعمال الادارية .

وفي هذه الحال فاننا نتصور وجود نصوص ادارية مرنة ، وهنا يتصدى العرف الاداري لوضعها موضع التطبيق ، ولمساعدة النصوص على تحديد مضمونها .

ويمكننا ان نضرب مثلا على ذلك بالنص المتعلق بسرية المهنة ، ذلك ان هذا الوصف القانوني جاء عاما في كل من القانون رقم ١٩٤٦ (المادة ٥٦ الفقرة رقم ١) ، وفي لائحة العاملين رقم ٣٣٠٩ لسنة ١٩٦٦ ـ المادة السابقة .

ولقد حرص المشرع في القانونين المذكورين « ان يوضح ان السرية المفروضة على العامل ترجع الى سببين : ان تكون المعلومات سرية بطبيعتها مما لا يود المواطن ان يطلع عليها احد ، كالامور المتعلقة بحياته الخاصة والتي جرى العرف على اعتبارها من الأسرار الخاصة ، او ان تكون قد صدرت التعليمات باعتبارها امورا خفية ، ومن قبيل الأسرار التي لا يجوز الاطلاع عليها .

ومعنى ذلك ان على الموظف ان يحكم ضميره وتقاليد الناس والعرف الغالب في تحديد مايعتبر سريا مما لم تصدر تعليمات صريحة باعتباره سريا »(٩) .

وهكذا يتضح ان التقاليد والأعراف الاجتماعية يمكن ان تحدد مضمون هذا الوصف العام الذي هو « سرية المهنة » ، كما ان تعليمات الادارة من الممكن ان تقوم بذلك ، مع التنويه بأن العرف الاداري يدخل في مفهوم تعليمات الادارة باعتباره قاعدة تنظيمية عامة ، ومع التنويه بأن التقاليد والأعراف الاجتماعية غالبا ما تحدد السرية كقيمة اجتماعية ، اما العرف الاداري فيحدد السرية المتعلقة بشؤون المرفق العام .

واستطرادا فالعرف الاداري التأديبي يمكن ان ينشأ خارج النصوص ، والمثال على ذلك في العرف الذي نشأ في انجلترا والمتضمن « تعيين الموظف تحت الاختبار لمدة سنة واحدة ، فاذا لم يجتز ذلك بنجاح تقرر فصله لعدم الكفاية ، وان كان العرف جرى على عدم اجراء هذا الفصل الا بسبب مخالفات تأديبية »(١٠) .

الفرع الرابع

العرف الاداري في معرض ممارسة السلطة التقديرية

قلنا سابقا ان السلطة التاديبية تتفرع على السلطة الرئاسية(١١) ، ومن جهة اخرى فقد قلنا ان اداة السلطة الرئاسية بالاصل هي السلطة التقديرية .

فالجريمة التأديبية ليست محددة الأركان ، وانما تحددها ملاءمات المرفق العام وظروفه ، ولكن مقابل ذلك ، ودفعا لكل مظنة او تحيز ، فقد

تنبري الادارة الى تقييد نفسها في مسلك معين تحقيقا للمصلحة العامة ، ثم تعمم ذلك على الحالات المماثلة .

وهذا الأثر لا يقتصر على الذنوب الادارية ، وانما يتعداها الى الجزاءات الادارية ، حيث تقوم الادارة بتحديد الجريمة وجزائها ، ثم تستمر في ذلك نزولا عند مبدأ مساواة المواطنين أمام القانون(١٢) .

والقاعدة الادارية العرفية التأديبية ، قد تنشأ في اطار القرار التاديبي كأن تنظم الادارة اجراءات الدفاع ، او تلتزم مختارة باجراء تحقيق أولي قبل الاحالة الى اللجنة التأديبية ، او تاخذ راي الموظف قبل توقيع العقوبة(١٣) .

ومن مظاهر استعمال السلطة التقديرية في مجال التأديب ان تتبنى الادارة نظاما تأديبيا مطبقا في ادارة اخرى ، ولاشك ان هذا النظام المختار مجرد مصدر مادي ، ومن ثم فاذا ما أصرت الادارة على اتباعه تحول الى قاعدة عرفيـة مصـدرها ارادة الادارة لا النص القانوني .

والمثال على ذلك ما جرى عليه العرف الاداري في تطبيق النظام التأديبي المنصوص عنه في القانون رقم ٢١٠ لسنة ١٩٥١ ، تطبيـق ذلك على عمـال اليوميـة(١٤) .

ولا حاجة للقول بأن العرف ينشأ في الغالب من تكرار الأعمال الادارية الفردية بحيث تستخلص القاعدة من جماع السوابق ، وفضلا عن ذلك فقد تكون القاعدة التنظيمية قائمة قبـل ان تطبقها الادارة ، وعندئذ يكون دور التطبيق الكشف عن العنصر المعنوي فحسب ، دون انشاء القاعدة التنظيمية ، كما هي الحال في المثال المطروح .

ولقد اتيح للقضاء الاداري المصري التعرض الى السلطة التقديرية ودورها في انشاء القواعد التنظيمية الملزمة ، قالت المحكمة الادارية العليا « للسلطات الادارية ان تضع ضوابط ومعايير وشروطا تنظم فيها ممارسة السلطة التقديرية في الترقية والتعيين والتاديب ، وتكون هذه القواعد ــ اذا ما توفر لها شروط صحتها ــ ملزمة للادارة والعاملين بها كجزء من النظام القانوني »(١٥) .

الفرع الخامس

دور العرف الاداري في تحديد الركن المادي للجريمة التاديبية

العرف الاداري الذي استقر العمل عليه واطرد هو ـ ولاشك ـ قاعدة تنظم سلوك الادارة وسير العمل في المرفق العام .

وهذه القاعدة لها مؤيدان :

ـ من حيث كونها قاعدة تنظيمية تتوجه الى المخاطبين باحكامها والخروج على هذا السلوك يرتب الجزاء القانوني .

ـ من حيث كونها جزءا من واجبات الوظيفة العامة ، وخرق هذه القاعدة يرتب المؤاخذة الادارية « ذلك ان الموظف العام ملزم باحترام النظام المتبع ، والعرف الاداري هو عنصر من عناصر انظمة المرفق ، وخرق قواعد العرف مدعاة الى المؤاخذة الادارية »(١٦) .

وتتلخص القضية التي صدر بها الحكم المذكور اعلاه بأن ناظرا لاحدى المدارس الحرة اتهم بأنه يتلاعب في أوراق الامتحان ، وذلك بنقل التلاميذ من فرقة الى اخرى بغير استحقاق لقاء جعل يتقاضاه ، وقد قدم الى المحاكمة التاديبية فقضت بمجازاته اداريا ، وقد رفع الناظر امام محكمة القضاء الاداري دعوى طلب فيها الغاء القرار التاديبي بحجة مخالفة القانون من ثلاثة اوجه اهمها ـ فيما يتصل بموضوعنا ـ انه لو صحت الوقائع المنسوبة اليه لما انطوت على اية مخالفة للقوانين واللوائح لانه لا توجد قاعدة تنظيمية مدونة تحظر نقل التلميذ مرتين متتاليتين في عام واحد ، ولكن المحكمة سجلت في حكمها المذكور اعلاه « ان العرف الاداري جرى على عدم جواز ذلك ، منذ تنظيم الدراسة في فرق متتابعة يمر بها كل تلميذ في ترتيب تصاعدي » .

كما ان المحكمة الادارية العليا اشارت الى ذلك بقولها « للسلطات الادارية ان تضع ضوابط ومعايير وشروطا تنظم فيها ممارسة السلطة التقديرية في الترقية والتعيين والتأديب ، وتكون هذه القاعدة ملزمة للادارة والعاملين فيها كجزء من النظام القانوني »(١٧) .

المبحث الثاني

العرف الاداري في بقية مجالات الوظيفة العامة

ولقد رايت من الانسب ان نسرد الأعراف الادارية التي تناهت الينا من

مختلف مجالات الوظيفة العامة ، ثم اجراء تقييم نهائي لهذه الأعراف دون ان نقف طويلا عند كل قاعدة ، كما هو المتبع في مجال التاديب .

ولعل الدافع الى ذلك ان العرف الاداري ــ وعلى خلاف ادواره الشحيحة في بعض المجالات ــ يتغلغل كافة اوصال الوظيفة العامة ، ويساهم في انشاء عدد لا يستهان به من القواعد القانونية ، ومن الصعب تحليل كافة هذه القواعد ، بل الاكتفاء بالتعليق البسيط على هذه القواعد .

وفيما يلي بعض الأعراف الادارية التي نشات في اطار الوظيفة العامة ، ثم نتبعه بتقييم عام لهذه الاعراف .

ــ العرف الاداري الذي اطرد في بعض المؤسسات العامة في سوريا والذي تضمن اعتبار سنة العمل مساوية لثلاثةعشرشهرا بخصوص صرف المرتبات(١٨).

ــ العرف الاداري الذي استقر في مصر والذي كان يلزم الموظف الالتجاء الى مصلحته طالبا اعادة الكشف الطبي عليه او امتداد الاجازة(١٩) .

وهذا العرف يتعلق باثبات الحالة : Constatation ، اي باثبات واقع ولكن هذا الواقع له تاثيره على حقوق الموظف .

ــ العرف الاداري الذي استقر لدى وزارة الداخلية بمصر والمتضمن منح الرتب المحلية لضباط الشرطة بقصد المظهرية لا بقصد تخويل حقوق تتعلق بالرواتب والأقدمية(٢٠) .

وهذا العرف وان لم يمنح الضابط حقوقا مادية ، الا ان منحه رتبة فخرية يعتبر حقا معنويا له تاثيره على المزايا والأوضاع الوظيفية .

ــ استقر العرف الاداري في وزارة الداخلية بمصر على انه اذا رفض العمدة السابق تاديبيا فلا يجوز ادراج اسمه في كشف المرشحين للمنصب الذي خلا برفته قبل مضي خمس سنوات(٢١) .

وهذا العرف يتعلق بشرط الصلاحية التي تستقل الادارة بسلطتها التقديرية في تعيين حدود هذا الوصف القانوني .

ــ جريان العرف الاداري في مصر على معاملة السودانيين معاملة المصريين فيما يتعلق بتولي الوظائف العامة(٢٢) .

ـ نشوء عرف اداري في مصر يحدد وسيلة اثبات « حسن السمعة » بالنسبة للوظائف القضائية ، ووسيلة ذلك قيام البوليس باجراء التحقيق اللازم وتقديمه لوزارة العدل(٢٣) .

ـ جريان العرف الاداري في وزارة التربية على اعتبار الزواج عذرا مقبولا للانقطاع عن الدراسة ، وبالتالي للاعفاء من التعهد(٢٤) .

ـ جرى عرف اداري في فرنسا على جواز أن يكون طلب الاستقالة بصورة ضمنية(٢٥) .

ـ جرى عرف اداري في جامعة باريس على تعيين من يكون في طليعة المرشحين يشغل وظيفة استاذ بكلية الحقوق(٢٦) .

ـ جرى العرف الاداري في وزارة التربية المصرية على اعتبار الدبلومات التي حصل عليها مبعوثوها من معاهد التربية في انكلترا والمسبوقة بشهادة الدراسة الثانوية، اعتبار ذلك مؤهلا يستحق الحائز عليه الدرجة السادسة(٢٧) .

ـ اطراد جامعة فاروق على الالتزام بمشروع قانون توظيف اعضاء هيئة التدريس حتى صار الامر قاعدة تنظيمية عرفية(٢٨) .

ـ العرف الاداري الذي اطرد في الكويت والمتضمن منح الموظفين بدلات نقدية عن اجازاتهم(٢٩) .

ـ العرف الاداري الذي استقر في مصر والمتضمن شروط تعيين شيخ الحارة(٣٠) .

هذا وباستعراض الاعراف المذكورة فاننا نسجل الملاحظات الآتية :

١ ـ ان حجم هذه الاعراف ليس بالقليل ، الامر الذي يجعلنا نعارض الآراء القائلة بأن العرف الاداري ضعيف ، او يمكن اهماله ، وغير ذلك من الأوصاف ، رغم ان تلك الاعراف لا تمثل كافة الاعراف التي نشأت في هذا المجال، وذلك بسبب عدم تدوين العرف الاداري وبسبب عدم طرح كافة الاعراف الادارية امام القضاء ، وانما هي اعراف تناهت الينا عن طريق الفقه(٣١) .

ونعتقد ان هذا الدور الذي لعبه العرف الاداري مرده عدم كفاية التشريعات الادارية التي تعالج مسائل الوظيفة العامة .

٢ ـ ان هذه الاعراف نظمت جوانب متعددة مثل : التعيين ـ الاختيار ـ الاجازات ـ الاجراءات ... الخ .

٣ ـ ان هذه الاعراف عالجت مسائل دقيقة وحلول جزئية ، دون ان تتصدى الى النظريات العامة .

٤ ـ لقد نشأت بعض هذه الأعراف عن ممارسة الادارة للسلطة التقديرية ، كما ظهر لنا في الاذاعة المصرية ـ مؤسسة النقل ـ الجامعة ـ هيئة قناة السويس .

٥ ـ ان معظم هذه الاعراف مكملة ، ولكن ذلك لم يحل دون وجود اعراف ادارية مفسرة ، بالاضافة الى وجود اعراف ادارية حددت شروط تطبيق النص، كالعرف الاداري المتعلق بتحديد شروط « حسن السمعة » .

٦ ـ اتضح لنا ان العرف الاداري يستطيع ممارسة الوظيفة الاجرائية بالاضافة الى انشاء قواعد موضوعية .

٧ ـ لاحظنا مساهمة العرف الاداري في نظام الوظيفة العامة في كل من : فرنسا ـ سوريا ـ الكويت ، وهذا يعني ان هذه الظاهرة حقيقة من حقائق الحياة القانونية تفرضها الضرورة وطبيعة الحياة الادارية، وظروف المرفق العام.

الهــوامش

١ ـ د. محمد جودة الملط : المسؤولية التاديبية للموظف العام ، القاهرة ، دار النهضة العربية ، ١٩٦٧ ، ص٧٥

٢ ـ د. محمد عصفور : نحو نظرية عامة في التاديب ، القاهرة ، عالم الكتب ، ١٩٦١، ص٤١

٣ ـ د. سليمان الطماوي : النظرية العامة للقرارات الادارية ، ص٥١

٤ ـ Stassinopoulos : Traitè des actes adm, P. 87 etS

٥ ـ د. سليمان الطماوي : القضاء الاداري ـ قضاء التاديب ، ص١٨٤

٦ ـ د. سليمان الطماوي : القضاء الاداري ـ قضاء التاديب ، ص٩٥

٧ ـ د. عبد الرزاق السنهوري : الوجيز في شرح القانون المدني ، ص٤٠٠ ـ د. محمد عصفور : نظرية الضبط الاداري ، ص١٤٩

٨ ـ مجموعة هذه المحكمة : ٦ يونيه ١٩٥٩ ، س٤ ق ، ص١٤٩ وحكمها الصادر في ١٩٦٩/٦/١ ، س١٤ ، ص٣٢٨

٩ ـ د. سليمان الطماوي : القضاء الاداري ـ قضاء التعويض ، ص١٧٧

١٠ ـ محمد حامد الجمل : الموظف العام ، ط١ ، ص٥٩٩

١١ ـ محمد جودة الملط : المسؤولية التاديبية للموظف العام ، ص٩٨

١٢ ـ محمد حامد الجمل : الموظف العام ، ط١ ، ص٥٩٩

١٣ ـ د. عبد الفتاح حسن : التاديب في الوظيفة العامة ، ص٢٧٩ ـ قرار المحكمة الادارية العليا في مصر : ١٩٥٦/٢/٢٤ ، س١٠ ، المجموعة ، ص٦١٢

١٤ ـ مجموعة المحكمة الادارية العليا في عشر سنوات ، ص٨٨٥ ، القاعدة ٤٨ ، جلسة : ١٩٦٢/٥/١٩ ، مجموعة المكتب الفني لاحكام المحكمة الادارية العليا ، س٧ ، حكم رقم ٧٢

١٥ ـ المحكمة الادارية العليا : السنة العاشرة ، ص٢٨ ، قاعدة رقم ١

١٦ ـ محكمة القضاء الاداري في مصر : ٢٨ يناير ١٩٤٨ ، قضية رقم ١٩٦ ، س١ ، مجموعة عاصم ، مجلد اول ، ص٢٧٣ ـ محمد مختار محمد عثمان : الجريمة التاديبية بين القانون الاداري

وعلم الادارة العامة ـ دراسة مقارنة ، ط١ ، ص١٧٧ ، وقد تكلم عن دور العرف الاداري في تحديد الركن الشرعي للجريمة التأديبية .

١٧ ـ المحكمة الادارية العليا في مصر : السنة العاشرة ، ص٣٨

١٨ ـ د. عبد الله الخاني : مقال بعنوان القانون الاداري وحقوق الانسان ، مجلة المحامين ، دمشق ، سنة ٢٤ لعام ١٩٧٨ ، ص٢١٥

١٩ ـ محكمة القضاء الاداري: ١٩٥٣/٢/٦ ، المجموعة ، السنة ٦ ، حكم رقم ٢١١ ، ص٦٣٤

٢٠ ـ محكمة القضاء الاداري : ١٩٥٥/٢/١٢ ، المجموعة ، السنة ١٠ ، حكم رقم ٣ ، ص٤

٢١ ـ محكمة القضاء الاداري: ١٩٤٨/٢/١٧ ، المجموعة ، السنة ٢ ، حكم رقم ٦٢ ، ص٣٥٦

٢٢ ـ مجموعة فتاوى الثلاث سنوات لمجلس الدولة ، السنة ٨ ، فتوى رقم ٩٩٣ ، تاريخ : ١٩٥٤/٤/١٦

٢٣ ـ حكم المحكمة الادارية لرئاسة مجلس الوزراء ، الدعوى رقم ١٦٨ لسنة ٣ ق

٢٤ ـ محكمة القضاء الاداري : ١٩٥٨/٢/٩ ، المجموعة ، السنة ١٢ ، حكم رقم ٦٠ ، ص٦٨

٢٥ ـ Plantey (Alain) . Traitè pratique de la fonction publique Tom, 1,2med, 1963; P. 248

٢٦ ـ د. وايت ابراهيم : التقاليد، مجلة القانون والاقتصاد، السنة الثانية ، عدد٣، ص٧٩

٢٧ ـ مجموعة احكام مجلس الدولة المصري ، السنة الرابعة ، جلسة: ١٩٥٠/٢/٩ ، ص٣٥٠

٢٨ ـ مجموعة احكام محكمة القضاء الاداري لعام ١٩٦٠ ، جلسة : ١٩٥٠/٥/٤ ، ص٣٧٩ ، القضية رقم ٤٥١ لسنة ٣ ق

٢٩ ـ محكمة الاستئناف العليا الكويتية : ١٠ ديسمبر ٩٦٧ رقم ٦٧/٤٣٢ تجاري ، ورقم ٩٧٢/٨٧٧ : تجاري ، جلسة : ١٩٧٣/٤/٢١

٣٠ ـ مجموعة مجلس الدولة المصري لاحكام محكمة القضاء الاداري ، القضية رقم ٤٧٩ لسنة ٤ ق ، جلسة : ١٩٥١/٢/١ ، س٥ ، ص٧٣٣

٣١ ـ هذا وسنعرض لبعض الاعراف التي وردت على لسان الفقهاء :

ـ انتهاج الادارة في مصر مسلكا يقضي بتقديم المرشح للوظيفة العامة شهادة خلو من السوابق ، وصيرورة هذا المسلك عرفا اداريا. ـ محمد حامد الجمل : الموظف العام ، ط١،ص٥٩٨

ـ نشوء عرف اداري في ظل نظام موظفي الدولة حدد وسيلة الاثبات ما اذا كان المرشح للوظيفة العامة قد سبق له الخدمة في الحكومة أو مجالس المديريات أو المجالس القروية أو

البلدية ، وقد قضى هذا العرف بتوقيع المرشح على اقرار بذلك ـ محمد حامد الجمل : الموظف العــام ، ط١ ، ص٦٢٩ .

ـ نشوء عرف اداري يقضي بتعيين عمال اليومية على اساس من يثبت اتقانه لحرفته بمقتضى امتحان خاص تجريه الجهات الفنية ـ محمد حامد الجمل : الموظف العام ، ط١ ، ص٦٧١

ـ جريان العرف الاداري في شركة قناة السويس على وضع شروط تطبيق عبارة « حصــول المرشح » الواردة في الكادر الصادر عام ١٩٢١ ، وذلك بالاكتفاء بشهادة من المعهد تثبت حصول المرشح على مؤهل في حال تاخر اصدار الوثيقة الاصلية ـ محمد حامد الجمل : الموظف العام ، ط١ ، ص٥٩٨

ـ الاعراف الادارية المتعلقة بمنح دار للسكن لبعض الموظفين : مثل اطباء الامتياز والاطباء بالوحدات المجمعة وموظفي الفنارات وبعض موظفي هيئة السكة الحديد ، ثم شركات القطاع العام، ومديري بعض البنوك ـ محمد حامد الجمل : الموظف العام ، ط١ ، ص١٤٠٠

الفصل الثالث

العرف الاداري في مجال الاموال العامة

فكرة الأموال العامة من اقدم الأفكار القانونية ، اذ ترجع في نشأتها الى عهد الرومان ، فقد علم هؤلاء تقسيم الأموال الى اموال عامة ، وتشمل الميادين والأسواق ودور التمثيل ، ويقابلها الأموال المملوكة من قبل الأفراد(١) .

ويرى بعض الفقهاء ان هذه الفكرة وليدة الجماعات الانسانية الأولى ، فقد كان لدى الأسرة القديمة اموال مشتركة يتولى ادارتها رب الأسرة ، كالأدوات والأرقاء ، كما كان لديها اموال لا يملكها احد ، كقبور الأسلاف والسور الذي يحيط بالمدينة(٢) .

والى جانب هذه الفكرة ، نجد فكرة أخرى تعمل جنبا الى جنب معها ، وهي فكرة السلطة الادارية .

وبصورة أوضح فحياة القبيلة التي تفترض وجود حياة متحدة مع مصالح الأفراد ، تفترض أيضا وجود سلطة ادارية تعمل في خدمة هذه المصلحة(٣) ، وتفاعل هاتين الفكرتين : فكرة الأموال العامة ، وفكرة السلطة الادارية يفرز العرف الاداري كأداة لتنظيم حماية الأموال العامة والانتفاع بها وترتيب الحقوق لها أو عليها .

ولهذه الأسباب ، فقد ظهرت نظرية الأموال العامة كأقدم نظرية قانونية على صعيد القانون الاداري .

وبالاضافة الى ما ذكرناه ففكرة النفع العام كهدف للأموال العامة ، وهي فكرة موضوعية ، وبذلك فالأدوات القانونية التي تعبر عن هذه الفكرة هي أدوات عامة نجدها في العرف الاداري كقاعدة تنظيمية .

واستنادا الى ما تقدم ، فسنقوم بدراسة بعض القواعد العرفية التي نشأت في مجال الأموال العامة ، وقد حاولت قدر الامكان الانطلاق من واقع القواعد الوضعية وما أفرزه من معطيات تتعلق بالأموال العامة .

والابحاث التي سنتعرض اليها هي :

ـ العرف الاداري كمصدر تاريخي لبعض نظريات الاموال العامة ـ دور العرف في مجال الانتفاع بالأموال العامة ـ دور العرف الاداري في مجال حماية الأموال العامة .

البحث الأول

العرف الاداري كمصدر تاريخي لبعض نظريات الأموال العامة

ان نظرية الاموال العامة وبصورة خاصة عدم جواز التصرف بالأموال العامة ، هذه النظرية وليدة العرف الاداري(٤) .

« ولعل الفترة الملكية في فرنسا قبل الثورة كانت الفترة الموائمة لنشوء هذه القاعدة ، حيث كان التلازم بين السلطة ، وبين الملكية العقارية ، وكان السيد الاقطاعي يملك سلطتي القضاء والامن في مقاطعته تبعا لملكيته العقارية ، ولهذا فقد كان يحرص على منع تجزئة امواله بعد وفاته ، وقد تم له ذلك باعتبار هذه الأموال مملوكة للمملكة لا للملك .

ثم ان الابقاء على سلامة املاك التاج لم يكن مستطاعا بالاقتصار على منع التوارث مع اجازة التصرف فيها حال الحياة ، لذلك فلم يلبث أن تقرر في اول عهد الملكية ، مبدأ علم جواز التصرف في املاك التاج ، وصار ذلك من القواعد الاساسية في ذلك الوقت ، وتاكد هذا المبدأ ـ وهو وليد العرف ـ بأمر صادر في ١٣ مايو ١٥٦٦ في عهد شارك التاسع عرف بأمر دي مولان »(٥) .

ولا حاجة للتاكيد بان تحديد طبيعة القاعدة القانونية مرده اسلوب ولادتها، ولا يؤثر في ذلك تبني نظام قانوني معين للقاعدة هي من صنع نظام آخر ، فقد تنشأ نشأة عرفية ثم يقوم النظام التشريعي باصدار هذه القاعدة ، كما هي الحال بالنسبة لقاعدة عدم جواز التصرف التي انشاها العرف الاداري(٦) .

وقولنا ان نظرية الأموال العامة نشأت عرفيا ، لا يتعارض مع الاساس القضائي للقانون الاداري ، ذلك ان اشادة القضاء لصرح القانون الاداري لا يعني ربط هذا القانون ربطا حاسما ومطلقا بالأصل القضائي(٧) .

ويمكننا أن نضرب بعض الأمثلة عن القواعد العرفية القديمة التي تكشف عن بداية حياة القانون الاداري ، مثل الأعراف الادارية التي عرفتها الادارة

الاسلامية ، واهمها قاعدة تحديد حرم الأنهار وتنظيم الانتفاع بها ، وأخيرا تنظيم جلوس العلماء في المساجد(٨) .

ونعتقد ان نظرية حماية الأموال العامة تبلورت في عدة قواعد عرفية ، ثم تفاعلت هذه القواعد ، ونشا من جراء ذلك مبدا عدم جواز التصرف كقاعدة عليا مستخلصة من عدة قواعد اخرى « عدم جواز بيع المال العام او حجزه أو تملكه بالتقادم ... الخ » .

البحث الثاني

دور العرف في مجال الانتفاع بالأموال العامة

وكما يتضح من العنوان ، فاننا نقصد من العرف هنا العرف الاداري بالاضافة الى الأعراف الاخرى التي يمكن ان تلعب دورها في هذا المجال .

هذا وننوه باننا ادمجنا في هذا البحث توسعا الارتفاق الاداري ، على اعتبار ان الارتفاق في حقيقته رصد منفعة لصالح العقار المجاور للمال العام ، أو بالعكس .

وهكذا فالمواضيع التي سنناقشها في هذا البحث هي :

ـ اعراف القانون الخاص في مجال الأموال العامة ـ دور العرف الاداري في تخصيص الاموال للمنفعة العامة ـ العرف الاداري في مجال الانتفاع بالأموال العامة ـ العرف الاداري في مجال الارتفاقات الادارية .

الفرع الأول

اعراف القانون الخاص في مجال الأموال العامة

من المعلوم ان بعض النظم القانونية تعمل في مجال النظم الأخرى مع محافظة هذه النظم على خصائصها المميزة .

والمثال على ذلك في الأموال المتروكة المرفقة « فهذه الأموال هي العقارات التي تمتلكها الدولة ويكون لجماعة ما حق استعمالها وفقا للعادات المحلية وتشمل بعض أملاك الدولة المتروك حق الانتفاع بها لعموم الناس كالطرق والأسواق والمراعي والساحات العامة »(٩) .

فهذه العادات ليست ادارية ، لانها لم تنشأ من تكرار القرارات الاداريه او الأعمال القانونية الاخرى ، وانما استقل الافراد فيما بينهم بتنظيم الانتفاع منها وفقا لعاداتهم المحلية ، ويقتصر دور هذه الاموال على كونها الوعاء او المجال المادي لهذه العادات .

الفرع الثاني

دور العرف في تخصيص الأموال للمنفعة العامة

جاء في المادة ٩٠ من القانون المدني السوري والمادة ٨٧ من القانون المدني المصري ان الأموال العامة هي « العقارات والمنقولات التي للدولة او الاشخاص الاعتبارية والتي تكون مخصصة لمنفعة عامة بالفعل أو بمقتضى قانون أو مرسوم، وهذه الأموال لا يجوز التصرف بها أو الحجز عليها أو تملكها بالتقادم » .

وننوه بان المبدأ الوارد في المادة المذكورة هو مبدأ اداري ، ولا يؤثر على طبيعته اعتناق القانون المدني له ، كما سبق ذكره .

اما من حيث مرتبة العمل الاداري الذي ينشيء العرف فنعتقد ان هذه المرتبة تاخذ مرتبة الشخص المعنوي الذي يصدر التصرف القانوني ، ولا يشترط في هذا التصرف – وخلافا لظاهر نص المادة ٩٠ من القانون المدني – أن يكون مرسوما ، بل يجوز بما هو ادنى من ذلك ، لانه اذا كان من الجائز التخصيص الفعلي ، فمن باب أولى جواز التخصيص بالأمر الصريح ، وبما هو ادنى من المرسوم(١٠) .

ثم ان لفظة القانون الوارد ذكرها في المادة ٩٠ ، يجب ان تحمل على معناها الواسع بحيث تنطوي على كل قاعدة قانونية ، وبالتالي فتخصيص الأموال العامة يمكن أن يتم بالقاعدة العرفية باعتبارها قانونا بالمعنى الواسع لهذه الكلمة .

وننوه بأن النص على التخصيص بالادوات التي حددتها المادة ٩٠ ، هذا النص تحصيل حاصل ، اذ ان جوهر المال العام هو التخصيص للنفع العام ، وليس الاداة القانونية(١١) ، ومن ثم فانه اذا ما تحقق هذا الشرط ، فالمال ياخذ الصفة العامة ، ولو لم يكن هنالك تنظيم تشريعي .

الفرع الثالث

العادات الادارية المتعارضة مع تخصيص الأموال العامة للنفع العام

قلنا في بحث العمل الاداري ان هذا العمل يتم باستخدام اساليب السلطة العامة ، والغالب في هذا العمل انه تعبير عن الارادة المنفردة للادارة ، وان كانت هذه الحقيقة ليست مطلقة ، فقد تستخدم الادارة التعبير الارادي الانفرادي ، ومع هذا فهي تخضع للقانون الخاص ، اذا ما كان العمل متصلا بادارة الدومين الخاص(١٢) .

ذلك ان العمل الاداري الذي يقوم بتهيئة المال العام ليس ركنا فيه ، وانما مجرد وسيلة المراد منها ادخال المال العام الذي تكاملت عناصره « والقول بغير ذلك يعني اعطاء الادارة سلطة تقديرية في الحاق المال العام ، مع ان الوسيلة تتحدد على ضوء الغاية ، وانه يجب البحث عن خصائص المال العام التي تفرض نفسها بهذه الصفة الآمرة »(١٣) .

وقد تصدر عدة اعمال ادارية دون ان نعرف ما اذا كانت هذه الأعمال تخضع للقانون الاداري ام لا ، وفي هذه الحال فان تمييز عمل الادارة يخضع لمعيار الغرض الذي اعد له المال ، اي هل خصص للمنفعة العامة أم لا ، وبذلك فالادارة لا تستطيع ان تصدر اي عمل يتعارض مع غرض تحقيق النفع العام لان في ذلك مخالفة للقانون .

فالادارة قد تخرج على القانون لاسباب خاصة ، فتصدر اعمالا مبنية على التسامح ، ويظهر ذلك في اشغال او استعمال الأموال العامة بصورة متعارضة مع تخصيصها للنفع العام ، ولا خلاف بأن الأعمال المبنية على التسامح قد تنشيء عادة ادارية ، ولكنها لا تنشيء عرفا اداريا لمخالفتها لأحكام القانون ، والعكس بالنسبة للأعمال القانونية التي تحدثها الادارة على المال العام وفقا لما خصص له(١٤) .

وقد يصعب تمييز العمل الاداري المتصل بالمال العام ، ومعرفة ما اذا كان قرارا اداريا ام عملا يقوم على التسامح ، فهذا التمييز يخضع لقاعدة التخصيص للمنفعة العامة ، وهذا يستفاد من عدة قرائن منها ما اذا كان الانتفاع المقرر على المال العام قد اعد له ام لا ، وما اذا كان بصورة خاصة وبصفة مستقرة وبشروط محددة ، ام لآجال طويلة »(١٥) .

الفرع الرابع

العرف الاداري في مجال الانتفاع بالاموال العامة

ان استعمال المال العام قد يكون غير عادي وبشروط خاصة ، وقد يكون من قبل الكافة ، ويتميز بتجهيل صاحبه(١٦) .

والاستعمال العام ، كما تدل عليه طبيعته يتسم بالعموم والموضوعية ، وهو يستوعب العادة والتكرار ، وتنظيم هذا الانتفاع تعبير عن الارادة المنفردة للادارة فهي التي تضع شروط الانتفاع بالأموال العامة ، ومن جهة اخرى ، فتحريك الأفراد لارادة الادارة من خلال الموقف المادي ، لا يؤثر على مصدر القاعدة واساسها الملزم ، فالقاعدة تنشأ من انعقاد ارادة الادارة وقبول الافراد بالقاعدة .

اذن فالقاعدة العرفية الناشئة في هذا المجال لا تختلف عن غيرها من الاعراف لجهة دور الافراد في قبول القاعدة .

هذا ويمكننا ان نضرب بعض الأمثلة عن دور العرف الاداري في هذا المجال.

ـ العرف الاداري الذي اطرد على تنظيم الدفن في المقابر في حفر منفصلة ، او في خنادق يفصلها مسافات واحدة مغطاة بالتراب(١٧) .

ـ العرف الاداري الذي استقر في مصر والمتضمن تنظيم استعمال الترع العمومية ، وقد نظم هذا الاستعمال الأمر العالي الصادر في ٢ فبراير ١٨٩٤ ، ولكن هذا الأمر اقتصر على تدوين ما جرى عليه العرف الاداري(١٨) .

ـ الاعراف الادارية التي سبق الاشارة اليها والتي عرفتها الادارة الاسلامية والتي نظمت الجلوس في المساجد ، والانتفاع من مياه الأنهار .

الفرع الخامس

العرف الاداري في مجال الارتفاقات الادارية

تتجاور الأموال الخاصة مع الاموال العامة ، فينشأ عن ذلك ضروب من العلاقات والروابط القانونية التي قد تترجم الى عادات ادارية ، وذلك بسبب العلاقة المستقرة نسبيا بين المقارين .

وتجدر الاشارة الى انه ليس كل تكليف على المال او له يعتبر عملا قانونيا يخضع للقانون الاداري ، بل لابد في هذا التكليف من ان يكون مخصصا للنفع العام(١٩) .

وكما قلنا سابقا ، فالادارة تنفرد في تحديد هذه التكاليف المفروضة على المال العام او لصالحه طالما بقي الامر في حدود العمل الفردي دون القاعدة ، وبالتالي فلابد من موافقة الافراد الذين تتأثر مصالحهم من هذا التنظيم .

وطبعا فقولنا ان هذه الروابط اعراض قانونية ، هذا القول لا يعني عدم نشوء روابط تتمتع بقدر من الثبات والاستقرار ، كما هي الحال في الارتفاقات الادارية .

ونعتقد ان العرف الاداري كأداة قانونية يستطيع ان يستوعب هاتين الخصيصتين ، فهو من جهة يستوعب ظاهرة الاستقرار الضرورية ، ومن جهة اخرى يزود الادارة بمكنة انهاء هذا الاستقرار بسرعة ، ومن خلال سابقة واحدة، اذا اقتضى الصالح العام ذلك .

هذا واننا نضرب بعض الامثلة على الأعراف الادارية التي نظمت الارتفاقات الادارية : ـ الاعراف الادارية المحلية التي استقرت في فرنسا والمتعلقة بحق الوصول وحق المطل على الاموال العامة لصالح الملاك المجاورين .

ويلاحظ ان احكام مجلس الدولة الفرنسي(٢٠) المتعددة استعملت تعبير العادات الادارية القديمة : anciens usages ، لكنها قصدت من ذلك الاعراف الملزمة لأنها رتبت على هذه العادات الالزام القانوني .

ـ الارتفاق الاداري المقرر لصالح الجسور العامة (في مصر) ، والمتضمن نزع التربة من العقارات المجاورة لتقوية هذه الجسور .

ولقد فسر القضاء المصري سلطة الادارة في هذا الشأن « بأن لها حق ارتفاق على الاراضي الزراعية المجاورة لجسورها يخول لها الحق في نزع التربة منها لخدمة هذه الجسور بتقويتها واعدادها لصد مياه الفيضانات ، وان هذا الارتفاق مبناه العرف الاداري ، ويتوجب عليه ابراء ذمة الادارة من كل تعويض عن هذا العمل،الا اذا كان من شأنه احداث حفر بالأرض يتعذر معها الزرع »(٢١).

المبحث الثالث

العرف الاداري في مجال حماية الأموال العامة

لقد تعرضنا الى بعض مظاهر حماية الأموال العامة مثل نشوء قاعدة عدم جواز التصرف بالمال العام .

بقي علينا ان نحدد المظاهر الاخرى لحماية االاموال العامة مثل : تحديد نطاق الأموال العامة ـ صيانة الأموال العامة .

أما بشأن صيانة المال العام ، فقد تعرضنا للعرف الاداري الذي ينظم صيانة الجسور العامة ، وتقويتها ، وذلك بنزع التربة من الاراضي المجاورة .

وفضلا عن ذلك فالادارة تملك سلطة تحديد نطاق المـال العام ، وهذه السلطة مشتقة من ولايتها الآمرة ، وما تتمتع به من سلطان يعلو على ارادة الأفراد العاديين(٢٢) .

والعرف الاداري كأداة للتعبير عن الارادة الآمرة يقوم بتنظيم حدود الأموال العامة ، ومن هذه الاعراف التي نشأت في هذا المجال العرف الاداري الذي جرى على التمييز بين المياه القابلة للملاحة : navigable ، وغيرها ، فالاولى تعتبر من الأموال العامة ، والعكس(٢٣) .

ومن ذلك العرف الذي قضى بأن البحر الاقليمي المعتبر من الأموال العامة يشمل الأراضي التي تغطيهـا اعلى امـواج الشتاء ، أو ما يسمونه الفيضان الأعـلى(٢٤) .

ولا حاجة للقول بأن قبول الملاك المجاورين ضروري لقيام العرف الاداري وان الولاية الآمرة للسلطة الادارية لا تتعدى اصدار القرارات الفردية ، لا تصل الى درجة انشاء القواعد الملزمة ، وان اسقاط دور الأفراد معناه ترك الادارة تتحكم بحق ملكية الأفراد .

الهــوامش

١ ـ د. زهير جيرانه : حق الدولة والافراد على الاموال العامة ، ص٥

٢ ـ د. عبد السلام الترمانيني : محاضرات في القانون المدني ألقيت على طلاب السنة الرابعة ، كلية الحقوق ـ حلب ، سنة ١٩٦٦ ، ص٣

٣ ـ محمد حامد الجمل : الموظف العام ، ط٢ ، ص٦

٤ ـ د. صبحي بشير مسكوني : مبادىء القانون الاداري الليبي ، ص١٠٢ ـ محمد حامد الجمل : الموظف العام ، ط٢ ، ص١٤٢٠ ـ د. بكر القباني : العرف كمصدر للقانون الاداري ، ص٤١ ـ زهدي يكن : القانون الاداري ، ص٨٨ ـ محمد كامل ليله : مبادىء القانون الاداري ، ص٤٢٤ ـ د. خالد عبد العزيز عريم : القانون الاداري الليبي ، بيروت ، دار صادر ، ١٩٦٩ ، ص١٣٧ ، وانظر :

Reglade : La Coutume en droit public interne; P. 224

De laubadere : Traité des actes adm, 6ed; P. 34

٥ ـ د. زهير جيرانه : حق الدولة والافراد على الاموال العامة ، ص٥

٦ ـ د. فؤاد العطار : القانون الاداري ، ط٣ ، دار النهضة العربية ، ص٥٣٦

٧ ـ د. محمد كامل ليله : مبادىء القانون الاداري ، ص٤٢٤ ـ د. طعيمة الجرف : القانون الاداري ، ١٩٧٨ ، ص٦٩٦

٨ ـ القاضي ابو يعلى محمد بن الحسين الفراء الحنبلي : الاحكام السلطانية ، مطبعة البـابي بمصر ، ص٩٢

٩ ـ د. عدنان القوتلي : الوجيز في الحقوق المدنية ، ص٧٤٩ ، وانظر :

Geny : Methodes d'interpretation, op, cit; P. 332

١٠ ـ د. زهير جيرانه : حق الدولة والافراد على الاموال العامة ، ص١٦٠ ـ د. سليمان مرقس : المدخـل للعلوم القانونية ، ص٦٨٥ ـ د. عبـد المنعم البدراوي : المدخـل للعـلوم القانونية ، ص٧٤٢

١١ ـ د. زهير جيرانه : حق الدولة والافراد على الاموال العامة ، ص١٦٠ ـ د. طعيمة الجرف : القانون الاداري ، طبعة ١٩٧٨ ، ص٧٠١

١٢ ـ د. زهير جيرانه : حق الدولة والافراد على الاموال العامة ، ص٢٥٦ ـ د. بكر القباني. العرف كمصدر للقانون الاداري ، ص٢٨

١٣ ـ د. طعيمة الجرف : القانون الاداري ، طبعة ١٩٧٨ ، ص٧٠١

١٤ ـ د. زهير جيرانه : حق الدولة والافراد على الاموال العامة ، ص٢٥٦

١٥ ـ د. محمد فؤاد مهنا : القانون الاداري العربي ، ص١٢٥

١٦ ـ De laubadére : Traité de droit adm, 6ed, op, cit; P. 103 etS

١٧ ـ De Belmas : La pratique administrative, op, cit; P. 66

١٨ ـ محمد مرسي بك : الاموال ، ص٣٢٤

١٩ ـ د. زهير جيرانه : حق الدولة والافراد على الاموال العامة ، ص٢٥٢

٢٠ ـ C.E.F. 16-11-1894, Siery, Vol, 18; P. 5
C.E.F. 15-2-1890, Siery, Vol, 18; P. 8
C.E.F. 16-7-1886, Siery, Vol, 15; P. 2
C.E.F. 19-11-1886, Siery, Vol, 10; P. 22

٢١ ـ محكمة الاستئناف المدنية: ١٨٨٩/٢/١٠ ، مجموعة التشريع والقضاء، سنة٢ ، ص٦٦ وحكمها الصادر في ٣٠ يناير سنة ١٩٠٨ ، مجموعة التشريع والقضاء ، سنة ٢٠ ، ص٧٩

٢٢ ـ د. زهير جيرانه : حق الدولة والافراد على الاموال العامة ، ص١٨٤

٢٣ ـ Reglade : La coutume en droit public intern, op, cit; P. 234 - 239

٢٤ ـ Reglade : La coutume en droit public intern, op, cit; P. 234 - 239

الفصـــل الرابــع

العرف الاداري في مجال الضبط الاداري

الضبط هو الوظيفة الطبيعية والأصيلة للدولة ، وهذه الوظيفة من اقدم الوظائف التي اضطلعت بها الدولة منذ فجر الحياة(١) .

« وفي الحقيقة ان سلطة الدولة الضابطة تنتمي الى الحياة التي لا غنى عنها للمجتمع ، فهي بهذا الوصف تنتمي الى مقتضيات اساسية تفرضها طبيعة الانسان وطبيعة المجتمع ، فهي تفرض نفسها على المجتمعات كلها بغض النظر عن التفاوت في الصفات والظروف ، وباعتبارها تستهدف ضمان احترام الأساس الاجتماعي ، ولهذا فان ابرز ما تتميز به سلطة الضبط هو انها تكاد تكون ذاتية لا تحتاج الى نص يقررها »(٢) .

والادارة لا تستطيع ـ بصورة عامة ـ اصدار اي قرار فردي الا تطبيقا لقاعدة عامة ، ولكنها تستطيع ذلك اذا كان الأمر يدخل في نطاق الضبط الاداري العام ، ومع افساح مجال التقدير الواسع لهذه السلطة(٣) .

وعلى الرغم من الصفة الذاتية لقرارات الضبط ، الا أن هنالك أسبابا تدفع لتقييدها ، اذ من المصلحة ان يعرف الافراد سلفا الأوضاع التي يمارسون بها حقوقهم ، كي يبرأ تدبير الادارة من عيب التحيز والمحاباة(٤) .

« ذلك ان تنظيم الحقوق والحريات يجب ان يكون على نحو يمنع الاسراف فيها او اساءة استعمالها ، بحيث تتخذ الحدود التي يقتضيها هذا التنظيم صفة العمومية ، اي ان توضع الحدود في صورة قواعد عامة تلزم الجميع دون تفرقة »(٥) .

ويتضح من ذلك ان الاسباب متوفرة لنشوء العرف في هذا المجال ، وذلك بسبب ترخصها في التصرف وقيد المساواة المفروض على هذا الترخص .

هذا وسنقسم هذا الفصل الى بحثين نتكلم في الاول عن العادات التي

لا يتوفر بها مقومات العرف الاداري ، ثم نتكلم في البحث الثاني عن الاعراف الادارية بالمعنى الفني والعلمي لهذه الكلمة .

البحث الأول

العادات التي لا يتوفر بها شروط العرف الاداري

تواجهنا في معظم مجالات القانون الاداري بعض العادات التي لا تتوفر بها شروط وأركان العرف الاداري ، ولهذا كان لابد من تحديد هذه العادات تمهيدا لتحديد الأعراف الادارية .

والعادات التي لا يتوفر بها شروط العرف الاداري في هذا المجال هي : العادات الاجتماعية ـ العادات الادارية المتعارضة مع القانون .

الفرع الأول

العادات الاجتماعية في مجال الضبط الاداري

وعلى خلاف الأعراف الادارية التي يتوافر بها مقومات العرف الاداري ، فهنالك عادات وتقاليد اجتماعية تنشأ بين الأفراد وبصورة مستقلة عن الادارة ، وتعمل في اطار الضبط الاداري ، ومن ذلك العادات المحلية المتعلقة بقرع الاجراس ، والعادات المتعلقة بالمواكب الدينية ، واخيرا العادات المتعلقة بمصارعة الثيران(٦) .

ولقد صدر في مصر القانون رقم ٤٢ لسنة ١٩٣٤ الخاص بمجالس المديريات ، وقد رخص لهذه المديريات ان تعطل بالطرق الادارية الموالد والاسواق التي تقوم في اية جهة من جهات المديرية اذا لم تجر العادة باقامتها ، وعلى ان لا تتعارض هذه العادة مع النظام العام .

والملاحظ هنا ان الادارة تقف موقفا سلبيا من هذه الأعراف ، فهي لا تقوم باصدار قرارات ادارية ، وكلما توفرت أسباب معينة ، وانما تسمح للأفراد ولعاداتهم بان تعمل مستقلة في اطار النظام العام ، وفي اطار ارادة الادارة التي تحمي هذا النظام العام .

الفرع الثاني

العادات الادارية المتعارضة مع القانون

وهذا التعارض يأخذ مظهرين : مظهرا سلبيا ، هو اسقاط النصوص ، ومظهرا ايجابيا هو التعارض صراحة مع القانون .

اولا ـ العادات الادارية الناشئة من اسقاط النصوص :

ونقصد طبعا عدم الاستعمال الذي يشكل عادة .

ولقد قلنا ان اغلب الفقهاء لا يجدون اي مبرر لاسقاط النصوص ، الا ما تعلق باسقاط لوائح البوليس ، وحجة هذا الفريق ان اهمال هـذه اللوائح « يفقدها كل ميزة لها ، اذ ينساها الناس ، ويصبح من الخطورة اعادة تطبيقها بعد اهمالها المدة الطويلة »(٧) .

والملاحظ ان اصحاب الاتجاه المذكور قرروا هذا الاستثناء للوائح الضبط بسبب تعلقها بممارسة الحريات العامة .

ونعتقد انه لا يوجد اي مبرر لتمييز لوائح الضبط من غيرها ، وبالتالي لا مجال لخلق تفرقة في ظاهرة ذات طبيعة واحدة ، وان كنا نلفت الانتباه الى وجاهة الراي القائل بأن النصوص التي تسقط بسبب عدم الاستعمال هي بمثابة النصوص الموقوفة ، ومن باب أولى ضرورة التأكيد على هذا المبدا بالنسبة لاسقاط لوائح الضبط بسبب تعلقها بالحريات العامة ، ومن ثم ضرورة قيام الادارة بتنبيه الافراد على عزمها في العودة الى تطبيق اللوائح الموقوفة .

ثانيا ـ المخالفة الايجابية :

والمثال الحي على ذلك هو « ما جرت عليه العادة الادارية في مصر بقيام الادارة احيانا بحجز بعض الأشخاص من غير الذين يمكن القبض عليهم وحبسهم طبقا للقوانين ، وحجزهم ايام الاعياد ، او في المناسبات منعا للاضطرابات ، فهذا العمل لا يبيحه القانون ، ولا يمكن تبريره بقولنا ان العرف جرى به »(٨) .

وبتحليلنا لهذه العادة نرى ان الادارة درجت فعلا على تكرار اعمال ادارية ، وهذه الأعمال يتوفر بها كل مقومات العمل الاداري من حيث الأثر المستحدث في النظام القانوني ، ولكن العمـل المذكور ينحدر الى مستوى الواقـع لمخالفته النصوص مخالفة صريحة : manifest وفاضحـة : flagrant ، ولاعتدائه على تنظيم تحميه النصوص الدستورية ، ومن ثم فلا يمكن تبرير نشوء عرف اداري في مثل هذه الحال مهما تكرر العمل الاداري واطرد وطال زمنه واستقراره .

هذا وقد تقوم العادة الادارية على أساس تسامح الادارة ، ولكن هذه العادة لا تنشيء عرفا اداريا ، وقد ضربنا مثلا على ذلك في تسامح الادارة في تنفيذ القانون رقم ٢٨ لسنة ١٩٤١ الخاص بالمحال العامة ، وعرضنا الى راي القضاء الاداري في مصر المتضمن ان هذا التسامح لا يكسب أصحاب المحلات حقا في استغلال محالهم لبيع الخمور ، ولو امتد التسامح الى سنوات .

البحث الثاني

الأعراف الادارية في مجال الضبط الاداري

وسنتعرض هنا الى طبيعة القاعدة العرفية الناشئة في هذا المجال ، ثم نتعرض في فرع ثان الى الأعراف الادارية التي ظهرت في المجال المذكور ، حيث سنقوم بتحليل هذه الأعراف ، ثم ننتهي الى اجراء تقييم عام لدور العرف الاداري في المجال المذكور .

الفرع الأول

طبيعة القاعدة العرفية الناشئة في مجال الضبط الاداري

تتميز التصرفات الضابطة ــ وهي تصرفات تنشيء آثارا مستحدثة في النظام القانوني ــ بوجود عنصر الاكراه او الامر .

والضبط تغلب عليه وسائل الامر في حين ان السلطة تتدرج في المرفق العام ، اذ نجد الى جانب القرار الفردي الصيغة العقدية .

وهذا الانفراد الكامل للادارة في اصدار اوامر الضبط يترك آثاره على الظاهرة العرفية ، وعلى طبيعتها وخصائصها .

والواقع ان سلطة الاوامر تختلف عن سلطة انشاء القواعد التنظيمية العامة ، وذلك بسبب النتائج الهامة المتولدة عن اعطاء الادارة سلطة انشاء قواعد تنظيمية ، وما لهذه النتائج من تاثير على حقوق الافراد .

ولهذا فان انفراد الادارة في اصدار الامر وتنفيذه اكراها ، لا يخول لها انشاء قواعد تنظيمية على اساس انها تملك اصدار الأوامر .

هذا وننوه بان موافقة الأفراد على القرار الاداري قد تكون صريحة أو

ضمنية . اما الموافقة الضمنية ، فيمكن استنتاجها من تنفيذ الأفراد للقرار تنفيذا رضائيا ، والاستثناء الوحيد على ذلك في حال تنفيذ قرارات الضبط الاداري(٩) .

ففي هذه القرارات لا يعني التنفيذ قبول الافراد بالقرار ، بل قد يعني اقدامهم على ذلك الرغبة في توقي العقوبة القانونية(١٠) .

ولاشك ان الاكراه في الاوامر الادارية الضابطة يتعارض مع ضرورة تحقيق راي عام يعتنق العرف الناشيء ، ولهذه الاسباب فقد فصلنا الأوامر في ذاتها عن الاوامر في مجموعها ، واشترطنا توفر القبول في القاعدة العرفية الناشئة في هذا المجال ، وطبعا يكفي لتحقيق الراي عدم الاعتراض او الاحتجاج على القاعدة ممن لهم مصلحة في ذلك ، وهذا الاعتراض يظهر بعد تنفيذ الافراد للأوامر .

الفرع الثاني

دراسة تحليلية لدور العرف الاداري في هذا المجال

وننوه بانه كان من الممكن تصنيف هذه الأعراف حسب الادوات القانونية التي تنشئها ، اي تبعا لما اذا كانت هذه الأدوات تراخيص او أوامر ادارية .

لكنني رايت انه من الافضل تصنيف هذه الأعراف حسب اغراض الضبط الاداري ، حيث يساعد هذا التصنيف على الوقوف على التفصيلات .

أولا ـ العرف الاداري في مجال السلامة العامة

وسنحاول هنا استعراض هذه الأعراف، ثم اجراء بعض التعلبق على ذلك.

١ ـ العرف الاداري المتعلق بانشاء دور العبادة :

فقد جرى العرف الاداري في مصر على وجوب الحصول على ترخيص اداري لانشاء دور العبادة المتعلقة بالطوائف غير الاسلامية « وقد اريد من ذلك ان تتوفر في انشاء تلك الدور الشروط التي تكفل اقامتها في بيئة محترمة تتفق مع وقار الشعائر الدينية وطهارتها والبعد بها عما يكون سببا لاحتكاك الطوائف الدينية المختلفة واثارة الفتن بينها »(١١) .

ولاشك ان اثارة الفتن هي احدى موضوعات الضبط الاداري ، والأمر على

خلافه لاقامة الترخيص على غرض المحافظة على وقار الشعائر الدينية ، فهذا المبرر لا يشكل مفهوما قانونيا محددا ، ولا يعتبر من موضوعات الضبط ، ولا يعدو ان يكون مجرد استرسال من المحكمة .

٢ ـ العرف الاداري المتعلق بانشاء حقوق عينية في مناطق الحدود :

وهذا القيد الذي اطرد في سوريا يتعلق بانشاء او تعديل اي حق من الحقوق العينية على الأراضي الواقعة على الحدود ، والذي كان يلزم اصحاب العلاقة الحصول على ترخيص من وزارة الداخلية من اجل هذه الغاية(١٢) .

ونعتقد ان هذا التعامل (حسب منطوق محكمة النقض السورية) ، يتوفر به مقومات العرف الاداري للأسباب الآتية :

ـ فالترخيص عمل اداري يؤثر في النظام القانوني .

ـ وهو عمل اداري يتصل بأحد موضوعات الضبط الاداري ، والدليل على ذلك صدوره عن وزارة الداخلية ، والقصد من ذلك حماية منطقة الحدود ، لاسيما انه من الممكن تملك الاجانب او المشبوه بهم في هذه المناطق ، وان هذا التملك له تأثيره على سلامة المجتمع .

٣ ـ العرف الاداري الذي اطرد على الزام سائقي السيارات السير على اليمين :

ونعتقد ان هذا العرف ليس عرفا اجتماعيا ، وانما عرف تتوفر به مقومات العرف الاداري ، وذلك لان السائقين الذين انتهجوا هذا السلوك لم يكونوا ليلتزموا بالسير بمحض ارادتهم ، وانما نتيجة أوامر تصدر اليهم من قبل الادارة .

واذا كان هذا العرف قد عمل في مجال القانون الجزائي ، حيث استعين به في تفسير لائحة السيارات المتضمنة « حظر السير بسرعة وكيفية تنجم عنها بحسب الظروف خطر ما على حياة الجمهور »(١٣) ، فهذا لا يؤثر على طبيعة العرف الاداري المستقلة عن القانون الجزائي ، وكل ما هنالك انه استعين به لتحديد مضمون الجريمة الجزائية .

٤ ـ العرف الاداري المتعلق بشرط حسن السمعة والسيرة الحميدة :

ويرى احد فقهاء القانون الاداري ان هذا القيد « اصبح شرطا جاريا : clause de style لا في الوظيفة العامة ، بل في ممارسة اي نشاط عام ، حتى

انه امتد الى الصق الامور بالحرية الشخصية ، وهي حرية الانتقال والسفر الى الخارج »(١٤) .

وقد تعرضنا سابقا الى العرف الاداري الذي استقر في مصر والمتضمن قيام البوليس بالتحقيق في هذا الشرط بالنسبة للوظائف القضائية .

وهذا العرف جرى ايضا بالنسبة لتعيين شيخ الحارة ، ونشا هذا العرف من كتاب المحافظ الموجه في ٢١ مارس ١٩٣٢ الى وزارة الداخلية والمتضمن شروط تعيين الشيخ ، وفي عداد هذه الشروط شرط حسن السمعة ، وقد وافقت وزارة الداخلية على ذلك واطرد العمل في هذا الشأن ، حتى اصبح قاعدة تنظيمية »(١٥) .

ثانيا ـ العرف الاداري في مجال الاخلاق العامة

ويمكننا ان نضرب مثلا على ذلك في العرف الاداري الذي نشا في فرنسا ، والمتضمن وجوب الحصول على تراخيص من العمدة من أجل العاب اليانصيب ، وبعد دفع مبلغ خمسمائة فرنك في مكتب الاحسان(١٦)

ثالثا ـ العرف الاداري في مجال المحافظة على الراحة العامة

ويمكننا أن نضرب مثلا على ذلك فيما جرى عليه العمل في وزارة الصحة بمصر وعلى ضوء التعميم الذي اصدرته هذه الوزارة في : ١٩٤٢/٤/١ بشأن اعفاء المحلات التي تدار بمحركات كهربائية لا تزيد على خمسة احصنة ، اعفائها من شرط المسافة .

وفي ذلك حكمت محكمة القضاء الاداري « لا يجوز الاعتراض بأن المبدأ الذي قررته وزارة الصحة في ١٩٤٤/٧/١٨ من اعفاء المحلات التي تدار بمحركات كهربائية لا تزيد على خمسة احصنة من شرط المسافة ، هو مبدأ مقصور تطبيقه على محلات طحن البن فقد تبين للمحكمة من مطالعة الأمر المذكور ، ومن التأثيرات المختلفة التي مهدت لاصداره انه وان صدر في مناسبة اعفاء محل لطحن البن من شرط المسافة ، الا انه اريد به التجاوز من شرط المسافة في حالة ادارة المحلات بمحركات كهربائية لغاية قوة خمسة احصنة ، كما ورد في تأشيرة من هذه التأشيرات دون تمييز بين محلات طحن البن وغيرها من المحلات الاخرى ، وجعل هذا مبدأ يسري على جميع المحلات التي تدار بمحركات لا تزيد قوتها

على خمسة احصنة ، وقد جرى العمل في وزارة الصحة تطبيق المبدا بهذا التعميم منذ صدور الأمر الاداري المشار اليه في ١٩٤٤/٧/١٨ »(١٧) .

تقييم عام لدور العرف الاداري في مجال الضبط الاداري

يرى أحد الفقهاء « انه لا يمكن ترك سلطة خطيرة كالضبط الى قانون غير مكتوب لان ذلك يوسع هذه السلطة الى مدى غير محدود »(١٨) .

ونعتقد ان هذا الراي فيه قسط كبير من الصحة ، لاسيما اذا تمسكنا بالطبيعة العفوية للعرف الاداري ، كما هي الحال في العرف المدني ، او اذا فهمنا انه يصدر عن الارادة المنفردة للادارة .

ولكننا اذا ما احتكمنا الى طبيعة العرف الاداري ، وعلمنا ان هذا العرف يقوم على ارادة الافراد ، اذا قمنا بذلك امكننا التخفيف من غلواء الراي السابق، وبالمقابل الاقرار النسبي للعرف بأن يساهم في انشاء القواعد القانونية في هذا المجال ، بل ان ينظم مسائل تتعلق بالحرية الشخصية .

ويمكننا ان نضرب مثلا على ذلك في حرية المواطن في اختيار المكان الذي يقيم فيه ، فهذه الحرية كفلها الدستور ، حيث نص على عدم جواز تحديد محل الاقامة الا طبقا للقانون ، وفي احوال استثنائية(١٩) .

ولكن تقييد هذه الحرية ، او بالأحرى تنظيمها جائز اذا كان الأمر برضا الموظف او لمصلحته(٢٠) .

وعى هذا الاساس ، فاننا نعتقد انه من الممكن ـ وجريا مع راي بعض الفقهاء ـ ان تقوم أعراف ادارية تنظم الاقامة في مقر عمل الموظف العام(٢١) .

واذا كانت الاعراف الادارية التي عرضنا لها في هذا المجال شحيحة ، فمما لاشك فيه انه من الممكن ان تكون هنالك أعراف لم تتح لنا الاطلاع عليها ، أو لم تطرح على القضاء(٢٢) .

ومن جهة أخرى ، فنعتقد ان أهمية العرف الاداري ، ودوره في الحياة القانونية لا يمكن أن تبحث من الناحية الكمية الصرف ، وانما لجهة تلبيته للضرورة وسده للنقص الحاصل في التشريع ، لاسيما عدم وجود أداة قانونية أخرى تقوم مقام التشريع وتتمتع بخصائص القاعدة القانونية من حيث العموم والتجريد .

الهــوامش

١ ـ محمد حامد الجمل : الموظف العام ، ط٢ ، المقدمة

٢ ـ د. محمد عصفور : نظرية الضبط الاداري ، ص٢٧٨

٣ ـ د. طعيمة الجرف : القانون الاداري ، طبعة ١٩٧٨ ، ص٢

٤ ـ د. سليمان الطماوي : القضاء الاداري ـ قضاء الالغاء ، ص٦٢٠

٥ ـ د. فؤاد العطار : القانون الاداري ، ط٣ ، دار النهضة العربية ، ص٣٢٨

٦ ـ Ralland : Droit administratif : op, cit; P. 342

٧ ـ د. سليمان مرقس : المدخل للعلوم القانونية ، ص٢٨١

٨ ـ د. وحيد رأفت : مذكرات في القانون الاداري ، ط١ ، ج١ ، ١٩٣٧ـ١٩٣٨ ، ص١٧٥

٩ ـ د. سليمان الطماوي : القضاء الاداري ـ قضاء الالغاء ، ص٥٩٤

١٠ ـ د. سليمان الطماوي : القضاء الاداري ـ قضاء الالغاء ، ص٥٩٥

١١ ـ مجموعة المحكمة الادارية العليا : جلسة ١٩٥٩/٤/٢٥ ، مبدأ رقم ١٥٣ ، ص١١٦٢

١٢ ـ مجلة المحامين ، دمشق ، عدد ٢ ، لعام ١٩٨١ ، حكم محكمة النقض رقم ٧٠

١٣ ـ نقض مصري : ١٩٤٨/٤/٦ ، مجلة التشريع والقضاء ، سنة اولى ، حكم رقم ١٢٣ ، ص١٦٦ ، وقد جاء في هذا الحكم ما يلي « لا محل للقول بانه لا توجد لوائح تقضي بان يلتزم سائق السيارة السيرعلى يمين الميدان محل الواقعة ، ويدور حوله ، لان العرف جرى بان يلتزم سائقوا السيارة الجانب الأيمن على الطرق دائما » .

١٤ ـ د. محمد عصفور : نظرية الضبط الاداري ، ص٣٢٨

١٥ ـ مجلس الدولة لاحكام محكمة القضاء الاداري ، القضية رقم ٤٧٩ لسنة ٤ ق ، جلسة : ١٩٥١/٣/٢٠

١٦ ـ De Belmas : La pratique administrative, op, cit; P. 43

١٧ ـ مجموعة مجلس الدولة لاحكام القضاء الاداري ، س٥ ، القضية رقم ٤٤٦ لسنة ٤ ق ، جلسة ٣٠ يناير سنة ١٩٥١ ، ص٥١٢

١٨ ـ د. محمد عصفور : نظرية الضبط الاداري ، ص٣٧٨

١٩ ـ المادة ٣٩ من دستور ١٩٥٦ ، والمادة ١٠ من دستور ١٩٥٨

٢٠ ـ فتوى القسم الاستشاري في مجلس الدولة المصري ، مجموعة المكتب الفني ، ص١٢ ، قاعدة رقم ١٠٢ ، ص١٦٦

٢١ ـ محمد حامد الجمل : الموظف العام ، ط٢ ، ص١٤٠٠

٢٢ ـ انظر في ذلك العرف الاداري المتعلق بمجاري المياه ، وقد نشأ من تطبيق القانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٧٠ ، حيث قصر هذا القانون على اساس منح الادارة سلطة اعطاء تراخيص ادارية لهذه الغاية ـ ده بلماس : التعامل الاداري ، ص٤٢

الفصـــل الخامس

العرف الاداري في مجال الاجراءات والشكل

في بحثنا عن العمل الاداري ، ادخلنا في مفهوم هذا العمـل الاجراءات الادارية . ولقد قلنا ان هذه الاجراءات تتفق مع القرار الاداري في كونها عملا مختارا واداريا : acte de volontè ، وان كانت لا تنشيء بصورة مباشرة اثرا في النظام القانوني(١) .

وهذه الاجراءات ان كانت لا تنشيء اثرا مستحدثا ، الا انها تمس بصورة غير مباشرة مراكز وأوضاع ومزايا الأفراد ، وباعتبارها الوسائل والطرق المؤدية الى الحقوق(٢) .

ونظرا لاهمية هذه الاجراءات والدور الذي تلعبه في التأثير على حقوق الأفراد والضمانات التي توفرها لهم ضد عسف الادارة ، لهذه الأسباب كان لابد من التعرض للوظيفة الاجرائية للعرف الاداري ، وما يمكن أن تلعبه من اهمية في النظام القانوني .

ويرى بعض الفقهاء ان ما يميز العمـل الاداري الاجرائي عـن القاعدة الموضوعية أن هذا العمل يصدر عن محض ارادة الادارةدون تدخلمن الأفراد(٣) .

وتبعا لهذا التحديد ، فالسلطة الادارية اذا ما نظمت هذه الاجراءات التي تنفرد في وضعها ، ثم قيدت ارادتها باجراءات موحدة ، فان ذلك يقودنا الى نشوء العرف الاداري(٤) .

والاجراءات الادارية ، قد تسبق العمل الاداري ، أو تلحق به ، كما ان هذه الاجراءات قد تتعلق بالقرار الاداري في ذاته ، وهذا هو الأساس الذي سيقوم عليه تقسيم هذا الفصل .

المبحث الأول

الاجراءات التي تسبق القرار الاداري

وسنقوم بدراسة العرف الاداري في مجال اخذ الراي ، وبعض المجالات الاخرى .

الفرع الاول

العرف الاداري في مجال اخذ الراي

والراي الذي ينشيء العرف الاداري هو الذي تلجأ اليه الادارة مختارة ، وليس الراي الذي توجبه النصوص ، الزاميا كان الراي ام اختياريا .

واعطاء الراي عمل اجرائي اولا ، ويؤثر في النظام القانوني ثانيا ، وان كان هذا التاثير بصورة غير مباشرة(٥) .

ولقد حكم مجلس الدولة الفرنسي « بأن الوزير ـ في حال عدم وجود نص قانوني أو لائحة ـ اذا ما اعتاد على استشارة الجماعات التمثيلية لوظيفة ما ، فانه لا يستطيع استبعاد اية جماعة مهنية اخرى لها الصفة التمثيلية »(٦) .

كما ان مجلس الدولة المصري اكد هذه الحقيقة بقوله « اذا ما سبق للادارة ان استطلعت راي الجهة المختصة في امر من الامور ، فلا حرج عليها ان تتصرف على ضوء هذا الراي في جميع الحالات المماثلة »(٧) .

الفرع الثاني

الاجراءات الاخرى التي تسبق القرار التنفيذي

وهنالك مظاهر اجرائية متعددة تسبق اصدار القرار التنفيذي ، ولها تاثيرها على حقوق الافراد مثل الاتصال بالاضبارة ، وتنظيم المحاضر ، والانذار واجراءات التحقيق(٨) .

وهذه الاجراءات قد تشكل ضمانا للأفراد ، وبالتالي فاذا التزمت الادارة بالسير عليها ، فانها تمهد لانشاء ظاهرة العرف الاداري .

ولقد تعرضنا سابقا الى الاجراءات التي كان يقوم بها البوليس في التحري عن حسن السمعة بالنسبة للمتقدمين الى الوظائف القضائية ، وصيرورة ذلك عرفا اداريا .

وهنالك اجراءات اخرى ، منها على سبيل المثال اجراءات القيد على درجة اعلى ، ففي نظر محكمة القضاء الاداري ، هذا القيد عمل اجرائي ، وفي ذلك تقول

« انه وان كان القيد على درجة اعلى لا يعدو بحسب مفهوم العرف الاداري أن يكون اجراء تمهيديا يجوز العدول عنه ، ومن ثم لا يكسب الموظف المقيد أي حق في الديجة المقيد عليها ، ويجوز للادارة أن ترقي غيره عليها »(٩) .

كما ويمكن لهذه الاجراءات أن تسبق العقد الاداري ، والمثال على ذلك يتجلى في استبعاد بعض الأفراد الذين لا تتوفر بهم القدرة الفنية أو المالية ، وفي ذلك قالت المحكمة الادارية العليا في مصر « من المبادىء الاساسية التي تخضع لها المناقصة العامة الاعلان وحرية المنافسة والمساواة بين المتنافسين ، والمقصود بحرية المنافسة حق الأفراد في التقدم للمناقصة العامة ، الا ان هذا المبدأ الطبيعي يحد من اطلاقه قيدان : أولهما يتعلق بما تفرضه الادارة من شروط معينة ترى وجوب توافرها فيمن يتقدم لمناقصة ، وثانيهما : يتعلق بما تتخذه الادارة من اجراءات ، وهي بصدد تنظيم اعمال المناقصة العامة من استبعاد بعض الافراد الذين يثبت لها عدم قدرتهم الفنية او المالية لاداء هذه الأعمال مستهدية بذلك الا يتقدم للمناقصة الا الصالحين من الافراد القادرين منهم ، فتوفر بذلك كثيرا من الجهد والوقت على لجان الفحص والبت ، وقرارات الحرمان التي تصدرها الادارة في هذا الخصوص تجد سندها فيما جرى به العرف الاداري ، وفيما للادارة من سلطة وضع مثل هذه القواعد التي تنظم اعمال المناقصة »(١٠) .

هذا وقد ينظم العرف الاداري اجراءات التصويت على اصدار القرار الاداري ، وذلك بأن يجعل القانون المكتوب الاختصاص باصدار قرار معين الى احد المجالس ، وهنا يجوز بدلا من عرض الموضوع على المجالس منعقدا ان يعرض على اعضائه منفردين بطريق التمرير .

وقد أقر القضاء هذا العرف ، وان كان قد قصره على الموضوعات الدارجة التي لا تتسم بالسرية ، كما اشترط للقول بصدور القرار بالتمرير ان يوافق عليه جميع اعضاء المجلس ، فان اعترض عليه أحدهم وجب عرض الموضوع برمته على المجلس مجتمعا للنظر فيه ، ويعتبر القرار الصادر بالتمرير مكتملا من تاريخ آخر توقيع(١١) .

ويمكننا ان نضيف الى ذلك القواعد العرفية التي تنظم تشكيل المجالس التي تصدر القرارات الادارية ، وفي هـذا الخصوص يرى الفقيـه اليوناني ستاسينو بولس ان العرف الاداري اطرد منذ مدة طويلة على اشتراك قاض في المجالس التاديبية لمختلف الموظفين(١٢) .

المبحث الثاني

الاجراءات المتعلقة في ذات القرار

والعرف الاداري قد يساهم في انشاء قواعد تتعلق في القرار ذاته ، ومن هذه القواعد :

آ ـ الشفوية في القرار :

والشفهية في القرار ـ ولاشك ـ مظهر من المظاهر المتعلقة بشكل القرار ، وقد جرى العرف الاداري في فرنسا على قيام الادارة باصدار قرارات شفهية وتوجيهها الى مقاولي الأشغال(١٣) .

ب ـ الضمنية في القرار :

والضمنية ايضا مظهر من مظاهر شكل القرار (الشكل الداخلي) للقرار ، وقد جرى العرف الاداري في فرنسا ، وقبل العمل بقانون التوظيف الصادر في ١٩ اكتوبر ١٩٤٦ ، على جواز أن يكون طلب الاستقالة بطريقة ضمنية(١٤) .

ج ـ التوقيع المقابل :

ساهم العرف الاداري في انشاء قاعدة التوقيع المقابل للوزير الى جانب توقيع رئيس الجمهورية ، وتوقيع رئيس الوزراء عند تعيين بعض الموظفين .

ويعلل الفقيه الفرنسي (ريفيرو) اسباب ومبررات نشوء هذه القاعدة ، بأن الوزير بالأساس هو رئيس المصلحة ، وبالتالي فاذا ما خرجت ـ استثناء ـ بعض التعيينات عن سلطته ، فقد اقتضى الأمر وضع توقيعه ، لموازنة هذا الاستثناء(١٥) .

المبحث الثالث

الاجراءات التي تلحق بالقرار

وهذه الاجراءات متعددة ، واهمها ـ ولاشك ـ الاعلان والنشر .

ونشر القرار او اعلانه عمل اجرائي لا علاقة له بانشاء القرار ، بل يقتصر على ابلاغ مضمونه الى أصحاب العلاقة(١٦) .

ومن الأعراف الادارية التي نشأت في هذا المجال :

ــ العرف الاداري الذي اطرد على اضافة نفاذ القرارات الادارية الى تاريخ لاحق لصدورها[17] . وهذا العرف ــ ولاشك ــ يتعلق بسريان القرار .

ــ العرف الاداري الذي نشأ في فرنسا بشأن نشر القواعد القانونية ، وذلك بالاشارة الى كل مادة مع ذكر تاريخ استلام هذه القواعد من قبل وزير العدل[18] .

ــ العرف الاداري الذي استقر في مصر والمتضمن عدم نشر قرارات مجلس الوزراء المتعلقة بالوظيفة العامة ، عدم نشرها في الجريدة الرسمية ، والاكتفاء بتبليغها الى الجهات المختصة « وذلك حتى لا تتأثر حقوق الموظفين بالتاخير في تبليغ هذه القرارات تأخيرا قد يتفاوت في المدة ، فتتفاوت تبعا لذلك معاملتهم في الحالة الواحدة مما يتنافى مع المجانسة والعدالة الادارية ، ولذلك تسري قرارات المجلس من تاريخ صدورها ، لو توافرت لها بقية مقومات النفاذ »[19] .

ــ العرف الاداري الذي نشأ في مصر والمتعلق بنشر القرارات المتعلقة باسقاط الجنسية في الجريدة الرسمية[20] .

ــ العرف الاداري الذي استقر في مصر والمتضمن نشر قرارات ترقية كبار الموظفين في الجريدة الرسمية[21] .

تقييم عام لدور العرف في هذا المجال

قدمنا بعض الأمثلة عن القواعد التي ساهم العرف الاداري في انشائها في مجال الاجراءات والأشكال ، وطبعا هنالك قواعد أخرى يصعب حصرها[22] ، لاسباب عديدة اهمها عدم تدوين العرف الاداري ، أو عدم طرح النزاع المتعلق بالعرف على القضاء .

والمتفحص لدور العرف الاداري في هذا المجال ، يتضح له ان العرف المذكور يمكنه ان يساهم في انشاء مختلف القواعد الاجرائية : مثل الاجراءات التي تهيء لولادة العقد الاداري ، أو التي تساهم في تنفيذه ، أو المتعلقة بالقرارات الادارية في منطقة العقد ، الخ ...

ثم ان بعض القرارات يتعلق بشكل القرار ، او في مجاله ، اي قبل أو بعد الاصدار . وفي جميع هذه الاجراءات ، فالادارة تستقل في انشائها ، لاسيما ان هذه الوظيفة ــ وادواتها اعمال ادارية ــ وليدة السلطة التقديرية .

هذا وتجدر الاشارة الى انه رغم استقلال الادارة في تنظيم المرفق ووضع القواعد الاجرائية لسير العمل فيه(٢٢) ، فالأمر يبقى في حدود الحياة الداخلية للادارة ، وفي حدود عدم انشاء قواعد اجرائية تمس حقوق ومصالح الأفراد ، اذ في هذه الحال يجب توفر شرط قبول الافراد بالقاعدة ، او على الأقل عدم رفضهم لها ، مثلها في ذلك مثل اية قاعدة ادارية عرفية اخرى .

الهــوامش

١ ـ Stassinopoulos : Traité des actes adm, op, cit; P. 163

٢ ـ د. محمد فؤاد مهنا : القانون الاداري « السلطة الادارية » ، ص.٥٩

٣ ـ Stassinopoulos : Traité des actes adm, op, cit; P. 134

٤ ـ Stassinopoulos : Traité des actes adm, op, cit; P. 122

٥ ـ Stassinopoulos : Traité des actes adm; P. 130 et 134

٦ ـ C.E.F. 14 Janvier 1949, Fedération Nationale des syndicats d'ingênieurs des Mines, Rev. Dr. Public

ونظرا لاهمية هذا الحكم فقد وجدنا من المناسب اجتزاء بعض فقراته :

« Le minister sans y être ligalement obligé, sons même a voir lui même fait un réglement à ce sujer, a pris l'hobitude de consulter des groupement representatifs d' une profession, il ne peut evincer de ses consultation certalns groupements ayant le caractére representotif ».

٧ ـ مجموعة احكام المجلس ، س٧ ، حكم رقم ٥٢١ ، جلسة : ١٥ يونيه ، ١٩٥٥

٨ ـ د. سليمان الطماوي : القضاء الاداري ـ قضاء الالغاء ، ص٧٥١

٩ ـ مجموعة مجلس الدولة لاحكام القضاء الاداري ، س٥ ، ص٨١٥ ، القضية رقم ٣٩٠ لسنة ٤ ق ، جلسة ١٩٥١/٤/٤

١٠ ـ القضية رقم ٢٩٤٦ لسنة ٧ ق (السيد بهجت سلمان ضد وزارة الاشغال) ، تاريخ : ١٩٥٧/٤/٢١ ، وقد اكدت المحكمة الادارية العليا ذلك في حكمها الصادر في ٩ مايو ١٩٥٩ ، السنة الرابعة ، ص١٢٥٤

١١ ـ حكم المحكمة الادارية العليا في مصر : ١٩٦٩/٤/٢٧ ، وحكم محكمة القضاء الاداري الصادر في ١٩٥٢/٣/١٧

١٢ ـ Stassinopoulos : Traité des actes administratifs, op cit; P. 47

١٣ ـ حكم مجلس الدولة الفرنسي : ٩ ديسمبر ١٩٤٩ ، قضية : Narpas المجموعة ، ص٦٩

١٤ ـ Plantey (Alain) : Traité pratique de la fonction publique, op, cit; P. 248

١٥ ـ Rivero : Droit adm, op, cit; P. 107

١٦ ـ د. مصطفى ابو زيد فهمي : القضاء الاداري ، ط٤ ، ص٥١٧

١٧ ـ المحكمة الادارية العليا : ١٤ يونيه ١٩٦٤ ، القضية رقم ٣٢٧ ، س٧ ق ، مجموعة ابو شادي من نوفمبر ١٩٥٥ـ١٩٦٥ ، ج١ ، مبدأ رقم ٦٩٤ ، ص٧٣٢

١٨ ـ Geny : Methodes d'interpretation, op, cit; P. 328

١٩ ـ المحكمة الادارية العليا : مجموعة السنة السابعة ، ص٧٥١ ، حكم رقم ٧٩٨ ، ٦ ق

٢٠ ـ د. مصطفى ابو زيد فهمي : القضاء الاداري ، ط٤ ، ص٣٧٢

٢١ ـ د. مصطفى ابو زيد فهمي : القضاء الاداري ، ط٤ ، ص٣٧٣

٢٢ ـ المثال على ذلك في العرف الاداري الذي جرت عليه الادارة الجامعية في مصر والمتضمن الاعلان عن خلو الكرسي الجامعي ـ القضية رقم ٤ لسنة ٥ ق ، س٧ ، جلسة : ١٩٥٧/٢/١١ ، مجموعة احكام المجلس ،س٧ ، ص٤٥٩ ، كذلك العرف الاداري المتضمن تسبيب القرارات الادارية ـ د. عبد الوهاب البرزنجي : السلطة التقديرية للادارة ، ص٣١٢

٢٣ ـ Stassinopoulos : Traité des actes adm, P. 132

الفصـــل السادس

العرف الاداري في مجال العقد الاداري

العقد هو أحد اساليب التعبير عن ارادة الادارة ، فهو والقرار الاداري توأما النظرية العامة للعمل الاداري .

وتلجأ الادارة عادة الى الصياغة العقدية عندما ترغب في التعاون مع الأفراد على قدم المساواة(١) .

واذا كان العرف مظهرا من مظاهر الابتداع في انشاء القواعد القانونية ، فالوسيلة الفعالة لذلك هي ممارسة التقديرية .

والادارة تمارس هذه السلطة على صعيد العقود الادارية بنفس السعة والفعالية التي تمارسها في القرارات الادارية ، اذ القاعدة العامة في هذا المجال الترخيص للادارة في التعاقد ما لم يوجد نص يفرض عليها الالتجاء الى طريقة خاصة(٢) .

وهذه الفعالية للعرف الاداري في مجال العقد الاداري تظهر في عملية التعاقد نفسها ، وذلك في تفسير النية المشتركة للمتعاقدين ، وفي المنطقة التي تحيط بالعقد سواء قبل ابرامه أم في محيط تنفيذه ، وباعتبار ان هاتين المنطقتين نظاميتين وتخضعان للقواعد العامة .

وعلى هذا الأساس فسيتحدد موضوع هذا البحث في مجال تفسير النية المشتركة للمتعاقدين ، وفي منطقة العقد ، كما اننا سنتناول الاجابة على السؤال الآتي : هل ان تكرار العقود الادارية ينشيء عرفا اداريا ، واخيرا سنعرض الى دور العقود في انشاء التعامل الاداري .

البحث الأول

دور العرف في تحديد ارادة المتعاقدين

وسنقسم هذا البحث الى فرعين نتكلم في الاول عن دور العرف في تكملة شروط العقد ، ثم نتكلم في الفرع الثاني عن دوره في تفسير غموض العقد .

الفرع الأول

دور العرف في تكملة شروط العقد

قد يتفق المتعاقدان على موضوع معين يتالف من عناصر متعددة ومتكاملة ، ولكن اتفاقهما يقتصر على العناصر الاساسية دون الفرعية ، وهنا ينبري العرف لتحديد هذه المستلزمات ، وهذا ما يتفق مع النية المشتركة للمتعاقدين التي تتجه الى اعتبار الالتزام وملحقاته مجموعة متكاملة(٣) .

وقدكرس التشريع الفرنسي والمصري هذا المبدأ ، حيث اشار الى ان العقد « لا يقتصر على الزام المتعاقد بما ورد فيه ، ولكنه يشمل ايضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام »(٤) .

وكما قلنا سابقا فانه يمكن اعمال بعض المباديء المدنية في مجال القانون الاداري ، اذا ما انسجمت مع روابط هذا القانون ، وباعتبارها تتفق مع الطبيعة الذاتية والمنطق المجرد للقانون .

ولهذا السبب فان مجلس الدولة الفرنسي كثيرا ما يلجأ الى النصوص المقررة في المجموعة المدنية لتكملة العقد وتحديد مستلزماته ونطاقه(٥) .

كما ان مجلس الدولة المصري اتيح له تقرير هذه الحقيقة في حكمه الصادر في ٣٠ يونيه ١٩٥٧ والذي نجتزيء بعض الفقرات منه « كما ان من العوامل الخارجية في تفسير العقد الطريقة التي ينفذ بها ، وتكون متفقة مع ما توجبه حسن النية في تنفيذ العقود حيث لا يقتصر العقد على الزام المتعاقدين بما ورد فيه ، ولكن يتناول ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام »(٦) .

وقد طبق القضاء الاداري المصري هذا المبدأ العام على علاقة تعاقدية بين وزارة التموين واصحاب المطاحن ، وفي ذلك قالت محكمة القضاء الاداري « ومن حيث ان التزام صاحب المطاحن بانتاج عدد معين من اقات الدقيق الصافي عن كل طرد من القمح الذي تقوم بتسليمه اليه سلطات التموين ثم مساءلته عن عدم انتاج هذا المقدار يجب ان يقوم على سبب قانوني ، وهذا السبب يكون إما بنص في التشريع أو بنص في لائحة صادرة عن جانب صاحب المطحنة بمثل هذه المعدلات المقررة عند ابرامه العقد مع جهة الادارة التي تهيمن على مرفق التموين في البلاد ، واما باتفاق يتضمن ذكر المعدل المقصود ، وينبه الى ضرورة الانتاج على مقتضاه ، فاذا ما جاء خلوا من مثل هذا النص ، فقد يسترشد القاضي بما هو من مستلزمات العقد وفقا للعرف الجاري في التعامل بحسب طبيعة كل التزام »(٧) .

الفرع الثاني

دور العرف في تفسير غموض العقد

وفي هذا الصدد سنسجل الملاحظات الآتية :

الملاحظة الأولى : يشترط لاعمال العادة ان يكون هنالك غموض في التعبير عن النية المشتركة للتعاقدين ، وقد ينشأ هذا الغموض نتيجة استخدام عبارات ينقصها الوضوح والتحديد(٨) .

ولقد اتيح للقضاء الاداري المصري ان يقرر هذا المبدأ في حكم طويل نجتزيء بعض فقراته « اذا كانت عبارات العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تفسيرها للتعرف على ارادة المتعاقدين ، اما اذا كان هنالك محل لتفسير العقد ، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل ، وبما ينبغي ان يتوافر من امانة وثقة بين المتعاقدين ، وفقا للعرف الجاري في المعاملات ، فهذه القاعدة وان كانت مقننة في القانون الخاص ، الا انها تطبق على العقود الادارية باعتبارها اصلا عاما في تفسير هذه العقود ، وهذه المباديء تمليها طبيعة الأمور ومقتضيات العدالة »(٩) .

الملاحظة الثانية : وتتعلق بامكان اللجوء الى العادة لتفسير النية المشتركة للمتعاقدين ، وذلك في حال عدم توجه ارادة المتعاقدين للأخذ بها .

ويجب التفريق في ذلك بين العرف القولي والعرف العملي .

اما القولي « فهو اللغة التي يتخاطب بها الناس فيما بينهم ، وتكليف المشرع للناس بما لا يعنيهم تكليفا بما لا يطاق ، وهذا غير مقبول ، اذ العرف اللفظي دليل على المعاني المألوفة بين الناس ، على انه يشترط لتخصيص العرف القولي للنص العام ان يكون مقارنا له حين وروده ، ولا عبرة للعرف الطاريء بعد النص العام »(١٠) .

اما اذا كان العرف عمليا ، فيشترط به ـ لدى الأحناف ـ الشرطان الآتيان :

- ـ أن يكون العرف العملي مقارنا لورود النص العام .
- ـ أن يكون العرف عاما لا خاصا(١١) .

ويعلل الدكتور السنهوري ذلك بأن توطد العرف يفترض علم الأفراد به ورضاهم بأحكامه ، والا لصرحا بمخالفته(١٢) .

ويرى بعض الفقهاء ان اللجوء الى العادة لتفسير غموض النص انما مرده النزول على احكام القانون الذي يحيل ضمنا الى هذه العادة(١٣) .

ولقد اتيح للقضاء الاداري في مصر ان يلجأ الى العرف القولي لتفسير عبارة « النور » في عقد استغلال مقصف بمبنى حكومي ، وفي ذلك جاء قوله « وترى المحكمة ، وهي في صدد تفسير هذا النص ان النية المشتركة للمتعاقدين في تعامل تلك طبيعته وفقا للعرف الجاري في هذا النوع من المعاملات ان معنى كلمة « النور » في هذا النص لا تنصرف الى الاضاءة وحدها ، ولا يمكن ان تشمل ما ذهب اليه المدعي من معنى التيار الكهربائي المستهلك في الأدوات الكهربائية .

ومن حيث ان نصوص التعاقد مفسرة بما تمليه طبيعة التعامل وبما يتوافر من امانة وثقة بين المتعاقدين وفقا للعرف الجاري ، في مثل هذه الأحوال تتجه كلها الى القطع بأن المقصود بكلمة « النور » هو الاضاءة ، اذا استدعت مواعيد العمل في المصلحة ان يقوم البوفيه بالعمل ليلا »(١٤) .

ونعتقد ان العرف المذكور هو عرف اجتماعي لا اداري ، وهو عرف قولي .

ومن جهة اخرى فالقضاء المصري يرى ان اللجوء الى العادة ليس بقاعدة ملزمة ، وانما يستأنس بها القاضي للوصول الى النية المشتركة .

وفي هذا المعنى حكمت المحكمة الادارية العليا ، قالت « ان الاستهداء في التعرف على النية المشتركة للمتعاقدين بطبيعة التعاقد ، وما ينبغي ان يتوافر من امانة وثقة بين المتعاقدين وفقا للعرف الجاري في المعاملات ليس بقاعدة ملزمة للمحكمة ، وانما تستأنس بها ، وهي في حل من اتباعها اذا رات ان اتباعها غير ذي جدوى في الوصول الى نية المتعاقدين »(١٥) .

الملاحظة الثالثة : وتتعلق بانواع العادات المعبرة عن النية المشتركة ، فهذه العادات تنقسم الى قسمين : عادات مكانية ، وعادات خاصة بطرفي العقد .

١ ـ العادات المكانية : « والعادات المكانية التي يمكن ان تكشف عن النية المشتركة للمتعاقدين ، إما ان تكون عادات المكان الذي ابرم فيه العقد ، او

المكان الذي ينفذ فيه ، اذا وجد ان هذه العادات هي التي تتفق مع النية المشتركة »(١٦) .

٢ ـ **عادات خاصة بطرفي العقد** : يمكن تفسير العبارة الغامضة في العقد بناء على عادات المتعاقدين المستمدة من عقودهم السابقة ، اما الاتفاقات اللاحقة فليس لها اهمية في تفسير العقد السابق عليها .

وفي حال التعارض بين العادات المكانية والعادات الخاصة ، فيجوز للقاضي ان يقدر أن هذه العادات الاخيرة هي التي تتفق مع النية المشتركة للمتعاقدين(١٧) .

والواقع ان العادة الادارية باعتبارها وليدة ارادة الادارة أكثر تعبيراً عن ارادة الادارة من العادات الاجتماعية التي نشأت خارج الحياة الادارية ، والتي يمكن اللجوء اليها على سبيل الاستئناس .

المبحث الثاني

النشأة العقدية للعرف الاداري

هل يمكن للعرف الاداري ان ينشأ من تكرار العقود الادارية(١٨) .

لن نجد صعوبة في الاجابة على ذلك بالاثبات بالنسبة لأعراف القانون الخاص ، حيث يتعامل الافراد فيما بينهم من خلال العقد المعبر عن مساواتهم امام القانون ، والأمر على خلافه بالنسبة لمساهمة الافراد في انشاء العرف الاداري « العقدي » ، فهذا يعني اشتراكهم في تنظيم حياة المرفق العام .

والواقع انه رغم وجاهة هذه الملاحظة الأخيرة ، فمن الثابت أن الافراد يشتركون مع الادارة في انشاء العرف الاداري ، وان ذلك لا يتعارض مع كون الادارة هي المهيمنة على الحياة الادارية ، اذ يبقى للادارة الدور الفعال في خلق القاعدة ، لاسيما في مظهرها المادي « القاعدة التنظيمية » ، أما العنصر القانوني « الركن المعنوي » فدور الأفراد يقتصر على قبول القاعدة .

وهذه القاعدة العرفية الناشئة من تكرار العقود لا تختلف عن القاعدة الناشئة من تكرار القرارات الادارية الا لجهة العمل الاداري ، اما ما يتعلق بالركن المعنوي فموافقة الافراد متوفرة في الحالين ، منوهين بالفرق بين العمل

الاداري « العقدي » الذي يتكرر فينشيء العرف الاداري ، وبين القاعدة العرفية الناشئة من التكرار .

ولكن هل هنالك تناقض بين صيغة العرف الاداري كقاعدة عامة ومجردة ، وبين منشئه العقدي .

لاشك ان القاعدة القانونية تتسم بالعموم والتجرد ، والعموم يعني ان القاعدة تحكم عددا كبيرا من المراكز والحالات ، وبالعكس فان تكرار المراكز في نمط معين يعني ان السابقة لم تعد محكومة بالواقعية والفردية والخصائص الذاتية ـ خصائص الزمان والمكان ، والملابسات الخاصة ـ وانما تحكمها الخصائص والسمات المشتركة لهذه الحالات ، وهذا ما يعطي هذه الحالات وصفا قانونيا ، ويرفعها الى مستوى العموم والتجريد ، الذي هو في حقيقته عملية ذهنية يستخلصها العقل من خلال العناصر المشتركة والمتكررة في الظاهرة .

وبصورة اوضح فارتباط التزام احد الأطراف بالتزام الآخر مرده ارادة الادارة والفرد ، ولكن تكرار ذلك بصورة دورية ومنتظمة ينشيء القاعدة ، لان القاعدة ـ مطلق قاعدة ـ تعني الانتظام والاطراد .

ثم ان هذا التكرار لم يات عبثا ودون وجود ارادة تهيمن على هذا النظام وتوجهه ، ومن ثم لا يمكن تفسير ذلك الا بافتراض قبول الادارة والافراد بهذه القاعدة .

ولقد تعرض القضاء الاداري في مصر الى ذلك واوضح ان العرف يعتبر مصدرا من مصادر القانون في مجال العقود الادارية ، ثم اوضح دور التزام الافراد في ذلك .

قالت محكمة القضاء الاداري « ان كلا من القضاء والفقه في مصر وفرنسا يجعل من العرف مصدرا للقاعدة القانونية في مجالات العقود الادارية ولقاضي العقد تقدير ما لهذا المصدر من اهمية ، وعليه ومتى كان الثابت من ان التجارب التي اجرتها وزارة التموين بعد استخلاص معدلات انتاج الدقيق الصرف من القمح لتكون اساسا لمحاسبة اصحاب المطاحن من عجز منسوب ، هي تجارب مبعثرة متناقضة في نتائجها متباينة في ارقامها ، وانما لبثت طول الوقت محل جدل لا نهاية له واعتراض متواصل متكرر من جانب اصحاب المطاحن ، متى كان ذلك فانها لا تشكل قاعدة عرفية ، ولا اساسا تنظيميا »(١٩) .

البحث الثالث

العرف الاداري في مجال منطقة العقد

من المعلوم ان العقد الاداري يمر بمراحل متعددة واجراءات طويلة تهيء لميلاده ، ونفس الشيء بالنسبة للمراحل التنفيذية التي تلي عملية التراضي .

ولا حاجة للقول بأن منطقة العقد ذات طبيعة موضوعية ونظامية ، وتخضع لملاءمات المرفق وتهيمن عليها ارادة الادارة وتقديرها ، وحسبنا أن نضرب بعض الأمثلة على هذه الأعراف :

- العرف الاداري الذي نظم الحرمان من التقدم الى المناقصة ممن لا تتوفر بهم القدرة الفنية والمالية(٢٠) .

- جريان العرف الاداري في فرنسا على توجيه أوامر شفوية الى مقاولي الأشغال(٢١) .

- جريان العرف الاداري في انكلترا منذ عام ١٩٣٩ على اتباع اسلوب المناقصة المفتوحة بالنسبة للأعمال القليلة الأهمية(٢٢) .

- جريان العرف الاداري على قيام الادارة بالشراء على حساب المتعاقد المقصر ، وفي ذلك تقول المحكمة الادارية العليا في مصر « ان الشراء على حساب المتعاقد المقصر وسيلة من وسائل الضغط التي تستخدمها الادارة لازعاج المتعاقد معها على تنفيذ العقد ، وهي جزاء من الجزاءات التي تملك الادارة توقيعها على المتعاقد معها ، والتي جرى العرف الاداري على اشتراطها في العقود الادارية »(٢٣) .

ويتضح من هذه الأمثلة ان الروابط التي قام العرف الاداري بتنظيمها هي روابط نظامية ، وهذه الروابط تحيط بعملية التراضي .

البحث الرابع

دور نماذج العقود في انشاء العرف الاداري

تعرضنا سابقا للراي القائل بأن العرف في القانون العام يمر بمرحلتين : المرحلة الذاتية ، ثم المرحلة الموضوعية ، وفي هذه المرحلة الاخيرة ، يتم انتقال العرف وانتشاره في الوسط الاجتماعي : Le milieu sociul (٢٤) .

وفي الواقع ، فهذه الصورة عن نشوء العرف تبدو جلية في العرف الاداري، لاسيما الذي ينمو في ظل نماذج العقود .

فالادارة قد تضع تصورها عن العقود في صيغة نماذج ، contrats types او دفاتر للشروط نموذجية : Cahiers des charges types (٢٥) .

وهذه هي المرحلة الذاتية للقاعدة ، وان كانت هذه المرحلة تبقى قابعة في حدود الحياة الداخلية للمرفق ، ومن ثم فاذا ما قيض للعرف الاداري ان يشق طريقه للحياة لابد من طرحه على التعامل مع الأفراد ، بحيث ان السابقة الأولى تمثل الخلية الاولى في حياة العرف ، ثم تأخذ هذه الظاهرة في التنامي والتكامل شيئا فشيئا من خلال التكرار المنتظم .

ولاشك ان التبادل في التأثير بين العنصر النفسي والمادي يبدو واضحا في هذه الظاهرة ، اذ الفرق جلي بين نشوء العرف الاداري من خلال اعمال ادارية لا تستند الى اطار مسبق، وبين نشوئه من خلال قاعدة تنظيمية موضوعة ابتداء.

ففي الحال الثانية تكون القاعدة الواضحة في خلد الادارة ومتبلورة في ارادتها ، وهذا التصور المسبق يؤطر حياة العرف ويقود حركته ويسرع خطاه نحو النضج والنشوء(٢٦) .

وبالاضافة الى ذلك فطرح النموذج على التطبيق ينشيء عادة خاصة في العقد ، وهذا ما يفسح المجال لتسجيل الملاحظات الآتية :

١ ـ ان الادارة اذا ما ابرمت عقدا معينا يتصل بالنموذج او العادة في ظله ، فان الغموض في العقد يفسر على ضوء هذه العادة الناشئة .

٢ ـ ان العادة الناشئة في ظل النموذج هي عادة خاصة بالادارة ، فهي من صنعها ومن نتاج ارادتها ، ومن ثم فاعتياد الادارة الخاص على حكم معين يبرر ويسهل على القاضي الاستدلال عليه بصفته الحكم الذي اتجهت اليه ارادتها(٢٧) .

الهــوامش

١ ـ د. علي الفحام : سلطة الادارة في تعديل العقود الادارية ، ص٣ ، وانظر :

Rivero : Droit adm, op, cit; P. 11

Rolland : Droit adm, op, cit; P. 193

٢ ـ د. طعيمة الجرف : القانون الاداري ، طبعة ١٩٧٨ ، ص٤٣٨ ـ د. سليمان الطماوي : الاسس العامة للعقود الادارية، ص٧١ ـ د. محمد مصطفى حسن: السلطة التقديرية للادارة، ص٢٥

٣ ـ د. احمد شوقي محمد عبد الرحمن : قواعد تفسير العقد ، القاهرة ، ١٩٧٧ ، المطبعة العربية الحديثة ، ص٣٤

٤ ـ المادة ٣٤٨ مدني مصري ، والمادة ١٣٥ مدني فرنسي .

٥ ـ حكمه الصادر في ٨ يوليو ١٩٢٥ ، قضية : Le conus ، المجموعة ، ص ٧٦٥ ، حيث رجع الى العادات المتعلقة بتجارة الصوف من اجل تحديد التزامات المتعاقدين في عقد توريد اداري.

٦ ـ مجلس الدولة المصري : ٣٠ يونيه ، ١٩٥٧ ، القضية رقم ٩٨٣ ، لسنة ٧ ق

٧ ـ محكمة القضاء الاداري : ٢ يونيه ١٩٥٧ ، القضية رقم ٢٤٨ لسنة ٩ ق

٨ ـ د. احمد شوقي عبد الرحمن : قواعد تفسير العقد ، ص٨٤

٩ ـ محكمة القضاء الاداري : ٣٠ يونيه ، ١٩٥٧ ، القضية رقم ٩٨٣ لسنة ٧ ق

١٠ ـ د. عبد الرحمن الصابوني : اصول الفقه الاسلامي ، ص٢٥٧ ـ مصطفى احمد الزرقا المدخل الفقهي العام ، ص٨٤٢

١١ ـ د. عبد الرحمن الصابوني : اصول الفقه الاسلامي ، ص٢٥٧

١٢ ـ د. عبد الرزاق السنهوري : نظرية العقد ، ص٣٤٤

١٣ ـ Stassinopoulos : Traité des actes adm, P. 149

١٤ ـ محكمة القضاء الاداري : السنة ١١ ، المجموعة ، ٢٨٣ ، جلسة : ١٩٥٧/٣/٢

١٥ ـ المحكمة الادارية العليا : جلسة ٢٣ يونيه ١٩٦٢ ، السنة ٧ ، ص١١١

١٦ ـ د. احمد شوقي عبد الرحيم : قواعد تفسير العقد ، ص٨٤ وما بعدها .

١٧ ـ د. احمد شوقي عبد الرحمن : قواعد تفسير العقد ، ص٨٤ وما بعدها .

١٨ ـ انظر دور العرف الاداري في بناء النظرية العامة للعقود الادارية ـ د. ثروت بدوي : النظرية العامة للعقود الادارية ، مكتبة القاهرة الحديثة ، ١٩٦٣ ، ص٢٣ ، وهو يرى ان القواعد الاستثنائية التي تتضمنها العقود الادارية ذات منشأ عرفي ـ وانظر :

De laubadède : Traité de droit adm, 6ed, op, cit; P. 270

فهو يرى ان العرف الاداري لعب دورا في انشاء صيغ مرنة للعقود الادارية ، ومـن ذلك صيغة « عقـد الممارسـة » .

١٩ ـ مجموعة مباديء هذه المحكمة : من عام ١٩٤٦ ـ ١٩٦١ ، ص١٨٤٧

٢٠ ـ مجموعة مجلس الدولة لاحكام القضاء الاداري ، س٥ ، ص١٨١٥ ، القضية رقم ٣٩٠، لسنة ٤ ق ، جلسة : ١٩٥١/٤/٣

٢١ ـ قرار مجلس الدولة الفرنسي : ٩ نوفمبر ١٩٤٩ ، مجموعة احكام المجلس ص٦٦ ، وقضيـة : Marquis وقد جاء فيه « حيث ان المدعي لم يستند الى اي امر كتابي فيما يتعلق بجزء من الاشغال التي قام بتنفيذها الا انه يتبين من الدعوى انه طبقا العادة مستقرة في بلدية « G » فان مهندس البلدية كان يامر بتنفيذ اشغال جديدة بناء على اوامر شفوية ومن ثم لا يجب ان يرفض طلب المقـاول بالحصول على ثمـن تلك الاشغال لمجـرد انه لم يستطع الاستناد الى اوامـر مكتوبـة » .

٢٢ ـ مجلة قضايـا الحكومة في مصـر ، س٣ ، عدد اكتوبر ١٩٥٩ : مقال بعنوان الاشغال العامة بقلم موريس فلام .

٢٣ ـ قرار هذه المحكمة : جلسة ١٩٦٢/١/١٧ ، س٧ ، ص٤٥٩

٢٤ ـ د. سعد عصفور : القانون الدستوري ، ص٧٠ و ٨٥

٢٥ ـ De laubadère : Traité de droit adm, 6ed, op, cit; 309

٢٦ ـ د. عبد الحميد متولي : المفصل في القانون الدستوري ، ص١٦٣ ، وقد تعرض الى التاثير المتبادل بين الركن المعنوي والمادي بقوله « لا ريب ان العنصر المعنوي يسبق العنصر المادي ، على ان كلا العنصرين يؤثر ويتاثر في الاخر » ـ د. محمد كامل ليله : القانون الدستوري : ص٣٢ ، وهو يرى انه« كلما استقرت القواعد العرفية وتواترت كلما اطمان الافراد لها ، ونظموا علاقاتهم على اساسها » .

٢٧ ـ د. نعمان خليل جمعه : المدخل للعلوم القانونية ، ص١٨٤

الفصل السابع

العرف الاداري في مجال سير العمل وتنظيمه في المرفق العام

حاولنا قدر الامكان ان نبرز مساهمة العرف الاداري في كتلة الشرعية ، وسنحاول هنا ان نحدد دوره في اثراء مظاهر الشرعية الادارية في مجال حي من حياة الادارة ، هو ما اسمي بالحياة الداخلية للمرفق العام(١) .

وسلطة الادارة في تنظيم المرفق وتسييره تدخل في الوظيفة الطبيعية للادارة، فهي سلطة اصيلة ومبتداة ومستقلة عن التشريع(٢) ، وهكذا فقد كان السبق للعرف الدستوري(٣) ، والعرف بوجه عام هو الوسيلة الفطرية لتنظيم المعاملات.

ويذهب بعض الفقهاء في تبريره لهذه السلطة الى القول بان الادارة تمارس مشروع النظام العام والمنفعة العامة ، والمرفق العام يتضمن في حد ذاته العناصر الاساسية للمشروع .

ويترتب على ذلك اعطاء المسؤول عن هذا المشروع السلطة والحرية لتنظيم المرفق ، كي يتمكن من تحقيق اغراض المشروع وغاياته ، ذلك لأن رئيس المشروع هو الموجه للمسائل الفنية وتعليماته هي قواعد القانون الداخلي لهذه الوحدة(٤) .

وعلى حد راي فقيه آخر « ان الوزارة وحدة متميزة لها حياتها وطبائعها وتطلعاتها ، ومن غير المعقول أن يتجرد المشرف على هذا الكيان من كل وسيلة تنظم تركيبه الداخلي وتضمن انتظام سيره ، ولا يختلف الجهاز الاداري في ذلك عن اي جهاز ينتمي الى القانون الخاص ، فهي سلطة طبيعية تمليها ضرورات الادارة عامة كانت أم خاصة ، ومن جهة أخرى فالمحكمة التي تعطي هذه السلطة للوزير تبرر اعطاءها لكل رئيس جهاز اداري له كيان متميز ايا كانت تسميته وايا كان نوع نشاطه ، وسواء تمتع بالشخصية المعنوية ام لا »(٥) .

ولقد وضعت محكمة القضاء الاداري في مصر مبدا عاما يتعلق بالتزام

الادارة بالقواعد التنظيمية ، وقد طبقت ذلك في مجال تنظيم اجراءات العمل وسيره في المرفق العام ، واشارت الى الزامية هذه الضوابط في نطاق التطبيق الفردي ، طالما لم يصدر اي تعديل او الغاء لها بنفس الاداة(٦) .

ولقد اتيح للقضاء الاداري في مصر ان يتعرض الى بعض الاعراف الناشئة في نطاق الاجراءات الداخلية ، وكان موضوع النزاع المطروح يتعلق بناظراتهم بنقل التلاميذ من فرقة الى اخرى لقاء جعل ، وقد قدم الى المحاكمة التأديبية فقضى المجلس بمجازاته ، ولقد احتج الناظر امام محكمة القضاء الاداري بعدم وجود قاعدة تنظيمية ، لكن المحكمة سجلت في حكمها ان العرف الاداري جرى على عدم جواز ذلك منذ تنظيم الدراسة في فرق متتابعة يجتازها كل تلميذ في ترتيب تصاعدي ، واقر بوجود ذلك العرف كمصدر للقانون الاداري ، وفي ذلك قالت المحكمة المذكورة « لا يجدي التحدي بأنه ليس ثمة قواعد تنظيمية مدونة تحظر نقل التلميذ مرتين في عام مادام لا جدال بأن العرف الاداري قد جرى على عدم جواز ذلك منذ تنظيم الدراسة في فرق متتابعة يمر بها كل تلميذ ، ولا ريب ان العرف الاداري الذي استقر عليه العمل واطرد هو بمثابة القاعدة التنظيمية المقررة بحيث تعتبر مخالفتها مخالفة للنظام المتبع »(٧) .

ويمكننا ان نشير على سبيل المثال الى بعض الاعراف الادارية التي نشات في هذا المجال :

ـ العرف الاداري الذي تضمن الزام الموظف بالتقدم بعد انتهاء اجازته الى مصلحته طالبا اعادة الكشف الطبي عليه او امتداد اجازته(٨) .

ـ قيام العرف الاداري في المانيا على تقسيم الوظائف الادارية الى اربع وهي: البسيطة ـ المتوسطة ـ الرئيسية ـ العليا ، وقد عمد قانون التوظف الصادر عام ١٩٣٧ الى اعتماد هذا العرف(٩) .

الهــوامش

١ - De laubadère : Traité de droit adm, op, cit; P. 303

٢ - د. سليمان الطماوي : النظرية العامة للقرارات الادارية ، ص٥٦٤

٣ - د. محمد كامل ليله : مبادىء القانون الاداري ، ص.٩٠٤

٤ - محمد مصطفى حسن : السلطة التقديرية للادارة ، ص٦٩ و ٧٥ - د. عبد الوهاب البرزنجي : السلطة التقديرية للادارة ، ص١٩٧

٥ - د. عبد الفتاح حسن : التفويض في القانون الاداري وعلم الادارة العامة ، ص٢٧

٦ - مجموعة محكمة القضاء الاداري ، س٦ ، حكم رقم ٥٣٧ لسنة ٥ ق ، ص٦٣٣

٧ - مجموعة مجلس الدولة لاحكام القضاء الاداري ، س٨٧ ، القضية رقم ١٩٦ لسنة ٦ق ، بند رقم ٤٩ ، ص٣٨٣ ، جلسة ٢٨ يناير سنة ١٩٤٨

٨ - محكمة القضاء الاداري : ٦ مارس ١٩٥٢ ، المجموعة السنة ٦ ، حكم رقم ٢١١ ، ص٦٣٤

٩ - محمد حامد الجمل : الموظف العام ، ط١ ، ص٦٥٦

خاتمة

لقد مضى على الانسان حين من الدهر كان العرف هو المصدر الوحيد للقانون ، ولقد انشا خلال هذه المرحلة كثيرا من القواعد القانونية سواء في مجال القانون العام ام الخاص ، مما دعا بعضهم للقول «بأن المبادىء المتأصلة في تصوراتنا القانونية والتي تجري مجرى القضايا المسلم بها ، هي كلها او بعضها ذات طابع عنفي » .

وفي الحقيقة ان اغلب القوانين التي لعبت دورا عظيما في حياة المدنيات القديمة ذات منشأ عرفي ، ونذكر على سبيل المثال : قانون « دراكون » الصادر سنة ٦١ ق.م ، وقانون « صولون » الصادر سنة ٩٤ ق.م في اثينا ، وقانون « حمورابي » في بابل ، وقانون « مانوا » في الهند ، واخيرا قانون « جو » في الصين .

ولقد اقرت الشريعة الاسلامية هذا المصدر واعتبرت العادات الملزمة واجبة الاتباع كالقواعد المسنونة .

واذا كان التشريع قد فاز مؤخرا في احتلال الصدارة في الحياة القانونية ، فهذا التفوق لايزال في حدود الكم ، والعرف كان ولايزال مصدرا تمليه الضرورة والواقع وطبائع الأشياء .

فالعرف هو « النظام الحاكم الذي تدور به وعليه عجلة المعاملات بين الناس ، ويكشف عن معاني كلامهم ومراميه ، ويرسم حدود الحقوق والالتزامات وينير محجة القضاء .

وهذا المستند عظيم الشأن لكثير من الأحكام العملية بين الناس في شتى شعب الفقه وابوابه ، وله سلطان واسع المدى في توليد الأحكام وتجديدها واطلاقها وتقييدها » .

وهو « المصدر الشعبي الأصيل الذي يتصل اتصالا مباشرا بالجماعة ويعتبر وسيلتها الفطرية لتنظيم تفاصيل المعاملات » .

« فالعرف يقوم الى جانب مقتضيات المنطق ومعطيات العدل – على التجربة والواقع وتحقيقه لصالح الناس – ذلك ان مجرد وجود عادة مستمرة انما يبعث على الاطمئنان الى استمرارها في المستقبل ، وان مقتضى العدل ان يكون تحقيق

توقعات الناس في حدود الممكن خيرا من احباطها ، حتى وبتقدير ان هذه الأعراف لم تكن عادلة وان الضمير الوطني لم يكن موفقا حين انشائها فانه من الحكمة قبول هذه الأعراف بالحال التي هي عليها بدلا من احباط توقعات قررها مراس مستمر » .

ويرى فقهاء الشريعة الاسلامية « ان في نزع الناس من عاداتهم حرجا عظيما ، وان الاخذ بالعرف كمصدر للقانون ، انما لمراعاة المصلحة المرسلة » .

ولقد لخص الفقيه الفرنسي جيني المبررات التي تفرض العرف بقوله : « ان العرف يستجيب الى الضرورة الاجتماعية ، فهو ينسجم مع الغرائز العميقة للانسان ، فالاستقرار اللازم للأفراد الذي لا يقل اهمية عن المساواة التي هي اساس العدالة ، يقضي بأن العادة المقبولة تكون مفروضة على قدم المساواة مع القانون ، كما ان هذا يستجيب للطبيعة الانسانية المفطورة على حب ممزوج بالخوف لعادات الآباء » .

وبسبب هذه الخصائص المذكورة : طبعيته ، اصالته ، ارتباطه بالواقع ، تعبيره عن الضرورة والتجربة ، بسبب ذلك فقد فرض نفسه على كافة مراحل التاريخ القانوني « ولقد ظل هذا المصدر وسيظل الى جانب التشريع مصدرا تكميليا خصبا لا يقف انتاجه عند حدود المعاملات التجارية ، بل يتناول المعاملات التي تسري في شأنها قواعد القانون المدني وسائر فروع القانون الخاص والعام على السواء » .

فالقانون التجاري ظل لفترة طويلة قانونا عرفيا ، ومايزال العرف يؤدي دورا مؤثرا في هذا القانون ، وذلك بسبب عجز النصوص عن مسايرة الحاجات المتجددة ، الأمر الذي جعل للأعراف التجارية دراسات متعددة .

ويعتمد القانون الدولي العام على العرف اعتمادا كبيرا ، وذلك بسبب عدم وجود سلطة عليا تختص بالتشريع بالنسبة للمجتمع الدولي ، كما ان العرف يعتبر مصدرا من مصادر القانون الدولي الخاص ، ولهذا المصدر دور كبير فيما يتعلق بتنازع القوانين .

ولقد كان العرف المصدر الوحيد للقانون الدستوري ، وذلك قبل ظهور الدساتير المكتوبة ، وان كانت هذه الدساتير تشغل حاليا مكان الصدارة في اغلب الدول المعاصرة مع بقاء العرف مصدرا لبعض المسائل الدستورية ، وهو الأمر الذي يفسر الاهتمام بدراسة الأعراف القائمة في هذا المجال . . .

هذا وعلى الرغم من هذه الصورة المشرقة والمتفائلة في ذهن الفقهاء لدور العرف واهميته في انشاء الاحكام القانونية ، على الرغم من ذلك فقد رأينا الصورة معكوسة بالنسبة للعرف الاداري .

وعلى هذا الأساس فقد وجدنا من يشكك بهذا العرف سواء لجهة وجوده والاعتراف به كمصدر للقانون ام لجهة فعاليته في انتاج القواعد القانونية .

اما فيما يتعلق بكونه مصدرا قانونيا فقد وجدنا من اهمل التعرض اليه عند الكلام عن مصادر القانون الاداري ، كما وجدنا من انكر اعتباره مصدرا للقانون المذكور .

ونفس الشيء بالنسبة لفعاليته ، فقد وجدنا عددا من الفقهاء يصفه بأنه مصدر جدير بالاهمال ، وانه ضعيف جدا ، وانه عملا غير مذكور ، وغير ذلك من الأوصاف القانونية .

ولعل هذه الصورة المتباينة في خطوطها والمتعارضة في نتائجها بالنسبة لظاهرة موحدة الخصائص والسمات والاهمية ، لعل ذلك كان نقطة الانطلاق النفسية التي عقدت لارادتنا العزم لسبر اغوار هذه الظاهرة وفض لفائف غموضها .

ولقد سلكت في دراسة هذه الظاهرة منهج علماء الطبيعة الذين يدرسون الظاهرة في ذاتها اي في حال السكون ، ثم يدرسونها في ديناميتها ، اي في حال الحركة ، وعلى ارض الواقع ، وفي الأشكال التطبيقية .

ولعل ما يشفع لنا في اتباع هذا المنهج الاهمية التي يلعبها الواقع في نظرية المعرفة والكشف عن الحقيقة ، الامر الذي حدا بعض الاتجاهات الفلسفية للقول بأن الحقيقة هي الواقع : Vacum Factum ، او هي التطابق بين الحكم والواقع ، وبتعبير الفلاسفة العرب « الحقيقة هي مطابقة ما في الأذهان لما في الأعيان » .

وعلى ضوء ما تقدم ، فقد قمت بدراسة العرف الاداري كقاعدة محض : Droit pur ، حيث عرضت لجوهر هذه الظاهرة والأركان التي تقوم عليها ، وطريقة نشأتها والاساس الذي تشتق منه قوتها الملزمة ، وغير ذلك من المسائل والاسس العامة المتعلقة بفلسفة الظاهرة المذكورة .

كذلك قمت بدراسة العرف الاداري كقاعدة مطبقة ، حيث قمت بابراز

الاهمية التي يلعبها هذا العرف والوظائف التي يؤديها والمجالات التي يعمل بها ، كما حاولت ابراز الخصائص النوعية للقاعدة الادارية العرفية في اهم مجالات القانون الاداري مثل مجال : الوظيفة العامة ـ التاديب ـ قواعد الاختصاص ـ الاموال العامة ـ الضبط الاداري ـ الاجراءات والشكل ـ العقود الادارية ـ الـخ .....

وفضلا عن ذلك فقد قمت بتلمس هذه الظاهرة وتقري وجودها في بعض الانظمة القانونية الوضعية مثل النظام القانوني في : مصر ـ فرنسا ـ سوريا ـ لبنان ـ الاردن ـ الكويت ـ ليبيا .

ولاشك ان الكشف عن اهمية هذه الظاهرة انما يقتضي معرفة المبررات التي تحتم وجودها ، ثم الخصائص الذاتية التي تمنحها القوة والفعالية .

ولقد اتضح لي ان هنالك مبررات معينة تدفع للأخذ بهذا المصدر الى جانب المبررات العامة التي تتسم بها ظاهرة العرف بوجه عام ، وهذه المبررات هي : تنفيذ النصوص ـ عدم كفاية التشريعات الادارية ـ مسؤولية الادارة ـ فكرة الضرورة .

والى جانب هذه المبررات والعوامل الخارجية ، فالعرف الاداري يفرض نفسه على الحياة القانونية بقوته الذاتية وسماته المميزة .

واولى هذه الخصائص ان العرف الاداري ـ كصيغة للتعاون بين الادارة والافراد يعبر تعبيرا دقيقا عن مصالح الأفراد وحقوقهم ، ذلك انه اذا كانت المصلحة تكمن وراء الراي والارادة ، فصيغة العرف الاداري تجسد مصالح هؤلاء الذين قبلوا بالقاعدة وارتضوها لتحكم أمورهم وسلوكهم .

وهذه الصيغة القانونية تحقق العدالة ، لانه ما من انسان الا ويسعى لتحقيق مصلحته ، لاسيما ان العرف الاداري يقوم على اغلبية ساحقة ، كما اتضح لنا من اساس قوته الملزمة .

ومن خلال هذا العرف يظهر الأفراد كمنشئين للقاعدة وخاضعين لآثارها ، وهذا الامر من اظهر تعابير الديموقراطية المباشرة .

وفضلا عن ذلك فهذا العرف ـ مثله في ذلك مثل اية قاعدة عرفية ـ هو

اكثر المصادر تعبيرا عن الواقع واتفاقا معه ، والامر على خلافه بالنسبة للتشريع الذي قد يصل اليه صاحبه عن طريق النظر والتفكير دون الاعتداد احيانا بالواقع ، وفي هذا الصدد اجرى بعض الفقهاء مقارنة بين العرف والتشريع بقوله « اذا كانت النصوص تفكر فالواقع هو الذي يدبر » ، وما ابعد المسافة بين فكر النصوص وتدبير الحياة .

والقاعدة الادارية العرفية تتسم بالمرونة ، لا بل انها تتجاوز بقية القواعد العرفية في قدرتها على تلبية حاجات التطور في المرفق العام ، كل ذلك بسبب قيام العرف الاداري على ارادة الادارة .

وبيان ذلك ان العرف في القانون الخاص يلغى عند تكون راي عام آخر ومضاد ، وهذه مرونة نسبية اذا ما قيست بقدرة الادارة على الغاء العرف حتى من خلال عمل اداري فردي واحد اذا استلزم ذلك تغير الظروف وتحقيق مصلحة العمل .

وفكرة المرونة هذه تعمل جنبا الى جنب مع فكرة الاستقرار التي يمكن ان يؤديها هذا العرف ، وذلك بسبب قيامه على راي عام يلتف حوله ويعتنق احكامه ، هذا فضلا عن انه قد ينظم مسائل ترنو الى الاستقرار بطبيعتها الذاتية مثل النشاط الاساسي للمرفق العام ، ومثل حقوق الارتفاق الادارية والحقوق العينية الادارية وغير ذلك .

اما لجهة الفن القانوني ومقتضيات الصياغة ، فقد اتضح لنا ان العرف المذكور اداة يمكنها ان تنتج كافة القواعد القانونية لاسيما ـ وقد اتضح لنا من دراسة مجالات العرف الاداري ـ ان هذه الظاهرة تتغلغل في كافة اوصال القانون الاداري، كما اتضح لنا انه من الممكن لهذا العرف ان ينظم مسائل تتعلق بالوقائع، او بأركان التصرف القانوني .

ولعل مرد هذه الفعالية في هذه الأداة هو بناؤها وتكوينها ، أو بصورة ادق الصيغة التي تقوم عليها .

فالعرف من حيث الشكل هو تكرار موقف معين ، وهو من حيث المضمون يستلزم التأثير في النظام القانوني بالمعنى الواسع لكلمة التأثير .

ثم ان المصادر التي تقدم لهذه الأداة المادة الملزمة للصياغة ، هذه المصادر

متعددة ونذكر على سبيل المثال بعض هذه المصادر مثل : سلطة التقدير ـ اكمال النصوص ـ التفسير ـ وضع شروط تطبيق النص ، وغير ذلك ....

اذن وبعد ان اتضحت لنا هذه الصورة الجلية ، لدور العرف الاداري واهميته وخصائصه بعد ذلك ، هل يمكن الجري مع بعض الفقهاء والقول بأن العرف الاداري جدير بالاهمال .

ولعل ما يدعم وجهة نظرنا هذه ان العرف الاداري يعتبر عنصرا من عناصر المشروعية فضلا عن كونه مصدرا من مصادر القواعد الاداريه ، ومن المعلوم ان لمسالة المشروعية اهمية علمية وعملية اوضح من ان تحتاج الى بيان لتعلقها بسيادة القانون وضرورة قيام ادارة قانونية ، وهو الامر الذي يوجب الزام الادارة باحترام حكم الاعراف الادارية التي تضعها بنفسها ، كما يوجب الزامها بعدم التميز بين المخاطبين باحكام العرف ، او التمييز بين الحالات المتماثلة التي تنطبق عليها هذه الاحكام مما يمنع الادارة من الاستبداد ويحول دون طغيانها .

زد على ذلك فهنالك مبررات وعوامل تدفع لدراسة هذه الظاهرة وتحديدها تحديدا دقيقا وصارما ، وهي مبررات تختلط بالمسائل الدستورية والسياسية، ومن ذلك ضرورة معرفة حدود هذه السلطة في انشاء العرف الاداري ، ثم ضوابطها وجوهرها وحدودها ، وهل هي مظهر لسلطة تشريعية ، ام انها سلطة مقيدة بقبول الافراد للقاعدة العرفية ، واخيرا ما هو نطاق هذه السلطة وهل تقتصر على تفسير النصوص وتطبيقها ، ام تمتد الى انشاء احكام جديدة ومستحدثة في النظام القانوني .

والعرف الاداري يمكن ان يبحث من زاوية اعتباره نشاطا اداريا وليس من الزاوية القانونية المحض .

وهنا يصح التساؤل عن ادارة حية وفعالة تسعى من تلقاء نفسها لتحقيق العدالة الادارية ، وتفتش عن انجح الوسائل لتحقيق المساواة بين الافراد ، والعمل ـ من خلال العرف ـ في وضح النهار .

لقد اعتبر بعض الفقهاء نشوء القانون الاداري ضربا من المعجزة واستمرار وجوده اعجوبة كما اعتبر احكامه من الاسرار .

واذا كانت سريته تعزى الى قلة من يعرفه او يهتم به ، فالسؤال يطرح بقوة بالنسبة لوجه المعجزة والاعجوبة في وجوده واستمرار العمل فيه .

ونعتقد ان تفسير ذلك يكمن في ان السلطة التنفيذية ـ وهي اقوى سلطات الدولة ـ قد تجد من الفضاضه ما يجعلها تخضع باستمرار ـ لسلطان القانون او احكام القضاء ، لاسيما ان القانون الاداري ـ في واقع الأمر هو قانون سياسي، يتناول أمهات المسائل مثل : مسالة السلطة والحرية والدولة والفرد ، وحدود ومصلحة كل منهما .

ونعتقد ان العرف الاداري ـ كما اتضح لنا ـ يحل نسبيا هذا الاشكال ، فهو اولا ابعد ما يكون عن الاسرار باعتباره ظاهرة اجتماعية تتغلغل حياة الافراد ، وهو من جهة ثانية من صنع الادارة تلتزم به طوعا وتخضع له اختيارا ، وتستمر في الخضوع اليه على ضوء سلطتها في التقدير ونظرتها للصالح العام .

وعلى ضوء جماع هذه الملاحظات ، لا يمكن القول مع بعض الفقهاء ـ انه يمكن اهمال هذا المصدر القانوني ، لاسيما ان معظم النظم القانونية تأخذ به وبصورة خاصة النظم الوليدة والحديثة .

واذا كان العرف الاداري اداة التفصيل لا الشمول ، ويعالج مسائل تتعلق ببعض الجوانب الادارية ، فهذا ـ ولاشك ـ مدعاة لاحتجابه ، على الاقل عن الافراد العاديين ، ولكن مقابل ذلك يمكن معالجة هذا النقص عن طريق التشدد في شرط التكرار لخلق وضع من الذيوع والعلانية في هذه الظاهرة ، كما يمكن تدوين قواعده والاستفادة من خصائص التدوين علما ان التدوين لا يؤثر على خصائص الظاهرة المذكورة التي تستقل في طبيعتها ونشأتها وخصائصها رغم التدوين .

وخلاصة ما يقال في هذا الأمر ان العرف الاداري لم ينل حظه من الدراسة والتحليل ، ولا يمكن ان يغفر لذلك القول بأن العرف الاداري امر مغمور اذ ـ كما يقال ـ لا علم الا بما هو خفي ، ومن ثم فالامر المغمور يجب ان يوفى حقه علميا كالأمر المشهور ، طالما انه امر كائن وموجود واهميته مستمدة من وجوده بقوة الحياة وقوة الضرورة وصلابة الواقع .

وكما قلنا سابقا ، فالعرف الاداري يتسم ببعد سياسي ، فهو يوسع من مشاركة الافراد في الحياة الادارية ، ويعمق من مساهمتهم في الحياة العامة ويوفر جوا من الثقة والتعاون بين الادارة والافراد على صعيد تنظيم نشاط المرافق العامة .

والفرق ـ ولاشك ـ جليا بين ادارة متجبرة تخرج على القانون وتهدم بنيانه ، وبين ادارة اخرى متحضرة تخضع ذاتيا لاحكامه وتتقرى ـ من خلال العرف الاداري ـ كافة الوسائل لخلق الضوابط والمعايير التي تحد من سلطاتها وتقيد سلوكها وتجعلها تعمل ـ انطلاقا من الضمير العصري ـ في وضح النهار .

هذه هي تلك الظاهرة ، وتلك مبرراتها واهميتها من الناحيـة العلميـة والعملية . ومن ثم يجب ان تعطى من الاهمية والاهتمام ما يوفيها حقها من الدراسة والتحليل ، وانني بهذا الجهد المتواضع ارجو ـ على الاقل ـ ان اكون قد نقلت الموضوع الى منطقة الضوء ، وابرزت بعض جوانبه ومقوماته .

المراجـع

اولا ـ المراجـع العربيـة :

١ ـ كتب ورسـائل ومقـالات :

د. أنور سلطان :

المباديء القانونية العامة ، بيروت ، دار النهضة العربية للطباعة والنشر ، ١٩٧٤

د. احمد سلامة و د. حمدي عبد الرحمن :

الوجيز في المدخل لدراسة القانون ، القاهرة ، دار النهضة العربية ، ١٩٧٠

د. ادوار عيـد :

رقابة القضاء العدلي على اعمال الادارة ، بيروت ، ١٩٧٣

د. احمد شوقي محمد عبد الرحمن :

قواعد تفسير العقد ، القاهرة ، المطبعة العربية الحديثة ، ١٩٧٧

د. احمد كمال الدين موسى :

نظرية الاثبات في القانون الاداري ، القاهرة ، دار النهضة العربية ، ١٩٧٧

د. انيس ثروت الأسيوطي :

نشأة المذاهب الفلسفية وتطورها ، القاهرة ، دار النهضة العربية ، ١٩٦٤

د. أحمد فهمي ابو سنه :

العرف والعادة في راي الفقهاء ، رسالة دكتوراة ، جامعة الأزهر ، ١٩٤٧

د. أحمـد صفوة :

مقدمة القانون ، القاهرة ، ١٩٢٤

د. أحمد حشمت ابو ستيت :

مقال بعنوان ابحاث في أصول القانون (العرف كمصدر من مصادر القانون)، مجلة القانون والاقتصاد ، جامعة القاهرة ، ١٩٣٥ ، السنة ٥ ، عدد ٦

د. أحمد كمال ابو المجد :

الدور الانشائي للقضاء الاداري ، مجلة القانون والاقتصاد ، السنة ٢ ، ٣ ديسمبر ١٩٦٢ ، العدد ٣

د. بكر القباني :

العرف كمصدر للقانون الاداري ، القاهرة ، دار النهضة العربية ، ١٩٧٦

د. بكر القباني و د. عاطف البنا :

الرقابة القضائية لاعمال الادارة ، القاهرة ، مكتبة القاهرة الحديثة ، ١٩٧٠

د. توفيق شحاته:

مبادىء القانون الاداري ، القاهرة ، ج١ ، ط١ ، دار النشر للجامعات ١٩٥٤-١٩٥٥

د. ثروت بدوي :

النظام الدستوري العربي ، القاهرة ، دار النهضة ، ج١ ، ١٩٦٤

النظرية العامة للعقود الادارية ، القاهرة ، مكتبة القاهرة الحديثة ، ١٩٦٣

تدرج القرارات الادارية ومبدأ الشرعية ، القاهرة ، دار النهضة العربية ، ١٩٦٨-١٩٦٩

مبادىء القانون الاداري ، المجلد الاول ، أصول القانون الاداري وأسسه وخصائصه ، القاهرة ، دار النهضة العربية ، ١٩٦٦

النظم السياسية - النظرية العامة للنظم السياسية ، القاهرة ، ج١ ، دار النهضة العربية ، ١٩٦٤

د. حامد سلطان :

القانون الدولي في وقت السلم ، القاهرة ، دار النهضة العربية ، ط٤ ، ١٩٦٩

د. حسن كيره :

المدخل الى القانون ، القاهرة ، دار النهضة العربية للطباعة والنشر ، بيروت ، ١٩٦٧

د. حنا ابراهيم نده :

القضاء الاداري في الأردن ، مطبعة جمعية عمال المطابع التعاونية ، ١٩٧٢

د. خالد عبد العزيز عريم :

القانون الاداري الليبي ، دار صادر ، بيروت ، ج١ ، ١٩٦٩

د. رمزي طـه الشاعر :

النظم السياسية والقانون الدستوري ، ج١ ، النظرية العامـة للقانون الدستوري ، مطبعة جامعة عين شمس ، ١٩٧٧

تدرج البطلان في القرارات الادارية ، القاهرة ، دار النهضة العربية، ١٩٦٨

د. رزق الله الانطاكي :

الوسيط في الحقوق التجارية البرية ، ج٢ ، دمشق ، ١٩٦٤ ، الجامعـة العربيـة .

د. زهدي يكن :

القانون الاداري ، ج١ ، ط١ ، المكتب العصري للطباعة والنشر ، صيدا ـ بيروت .

د. زين العابدين بركات :

مبادىء القانون الاداري ، مطبعة رياض ، دمشق ، ١٩٥٩

د. سليمان الطماوي :

- الوجيز في القضاء الاداري ـ قضاء التعويض ، القاهرة ، دار الفكر العربي ، ١٩٧٠

النظرية العامة للقرارات الادارية ، ط٣ ، ١٩٦٦ ، دار الفكر العربي .

الاسس العامة للعقود الادارية ـ دراسة مقارنة ، ط٨ ، دار الفكر العربي ، ١٩٦٥

مبادىء القانون الاداري ، دار الفكر العربي ، الكتاب الأول ، ط١ .

القضاء الاداري ـ قضاء الالغاء ، الكتاب الأول ، دار الفكر العربي ، ١٩٧٦

د. سمير عبد الستار تناغو :

النظرية العامة للقانون ، منشأة المعارف بالاسكندرية ، ١٩٧٤

القرار الاداري منشيء للحق ، الاسكندرية ، منشاة المعارف بالاسكندرية، ١٩٧٢

د. سعاد الشرقاوي :

المنازعات الادارية ، القاهرة ، دار النهضة العربية ، ١٩٧٦

د. سليمان مرقس :

شرح القانون المدني ـ المدخل للعلوم القانونية ، القاهرة ، المطبعة العالمية ، ١٩٦٧

د. سعد العلوش :

نظرية المؤسسة العامة وتطبيقاتها في التشريع العراقي ، القاهرة ، دار النهضة العربية، ١٩٦٨.

د. سعد عصفور :

القانون الدستوري : مقدمة القانون الدستوري ، ط١ ، دار المعارف بالاسكندرية ، ١٩٥٦

د. عارف الحمصاني :

محاضرات في قانون التجارة البرية ، جامعة حلب ، كلية الحقوق ، السنة الثالثة ، امالي القيت على طلاب السنة الثالثة ، ١٩٦٥

د. عدنان العجلاني :

القضاء الاداري ومجلس الدولة ، جامعة دمشق ، ١٩٥٩ ، مطبعة جامعة دمشق .

الوجيز في الحقوق الادارية ، جامعة دمشق ، ط١ ، ١٩٥٩

د. عبد الحميد كامل حشيش :

مبادىء القضاء الاداري، مجلد أول ، القاهرة ، دار النهضة العربية،١٩٧٥

د. عادل سيد فهيم :

القوة التنفيذية للقرار الاداري ، القاهرة ، ١٩٧٠–١٩٧١ ، الدار القومية للطباعة .

د. عبد السلام الترمانيني :

محاضرات في القانون المدني القيت على طلاب السنة الرابعة، كلية الحقوق، حلب ، ١٩٦٦

د. عزة الأيوبي :

محاضرات في القانون الاداري ، جامعة بيروت العربية ، ١٩٦٣

د. عبد العزيز شيحا :

مبادىء وأحكام القانون الاداري اللبناني ، بيروت ، الدار الجامعية ، ١٩٨٢

د. عبد الله الخاني :

القانون الاداري وحقوق الانسان ، مقال منشور في مجلة المحامين ، دمشق ، عدد ٢ لعام ١٩٧٨

د. سامي عبد الحميد :

اصول القانون الدولي ـ القاعدة الدولية ، الاسكندرية ، مؤسسة شباب الجامعة للطباعة والنشر ، ج١ ، ط٢ ، ١٩٧٤

د. شمس الدين وكيل :

في المدخل للقانون ، الاسكندرية ، منشاة المعارف ، ١٩٦٨

د. صلاح الدين عبد الوهاب :

الأصول العامة لعلم القانون ، عمان ، ط١ ، ١٩٦٨

د. صبحي بشير مسكوني :

مباديء القانون الاداري الليبي ، بنغازي ، المكتبة الوطنية ، ١٩٧٤

د. صوفي ابو طالب :

مباديء تاريخ القانون ، القاهرة ، دار النهضة العربية ، ١٩٦٧

د. طعيمة الجرف :

القانون الاداري ، مطبعة القاهرة الحديثة ، الكتاب الجامعي ، ١٩٧٠

القانون الاداري ، القاهرة ، ١٩٧٨ ، مطبعة جامعة القاهرة .

القانون الدستوري ، القاهرة ، مطبعة القاهرة الحديثة ، ١٩٧٨

مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الدولة للقانون ، مكتبة القاهرة الحديثة ١٩٧٣

رقابة القضاء لاعمال الادارة ـ قضاء الالغاء ، دار النهضة العربية ، ١٩٧٧

د. عبد الحي حجازي :

المدخل لدراسة العلوم القانونية ، الكويت ، دار النهضة العربية ، ١٩٧٣

د. المستشار عادل يونس :

الدعوى التاديبية وصلتها بالدعوى الجنائية ، مقال منشور في مجلة ادارة قضايا الحكومة ، القاهرة ، السنة الأولى ، عدد ٣

د. عبد الفتاح حسن :

التاديب في الوظيفة العامة ، القاهرة ، ١٩٦٤ ، دار النهضة العربية .

التفويض في القانون الاداري وعلم الادارة العامة ، دار النهضة العربية، ١٩٧١

مبادىء القانون الاداري الكويتي ، دار النهضة العربية ، ١٩٦٩

القضاء الاداري ، ج١ ، قضاء الالغاء ، مكتبة الجلاء الجديدة ـ المنصورة .

مبادىء القانون الاداري ، مطبعة الجلاء ـ المنصورة ، ١٩٨٠

د. عدنان القوتلي :

الوجيز في الحقوق المدنية ، ج١ ، المدخل للعلوم القانونية ، ط٧ ، دمشق ، ١٩٦٣

د. عبد الرزاق السنهوري :

نظرية العقد ، القاهرة ، دار النهضة العربية ، ١٩٣٤

الوجيز في شرح القانون المدني ـ نظرية الالتزام بوجه عام ، ١٩٦٦ ، دار النهضة العربية .

د. عبد الرزاق السنهوري و د. احمد حشمت ابو ستيت :

اصول القانون او المدخل لدراسة القانون ، ١٩٥٠ ، ط٢ ، دار النهضة العربية .

د. عبد الرحمن الصابوني :

مذكرات في مصادر التشريع الاسلامي وطرق استنباط الاحكام ، ١٩٦٥ــ١٩٦٦ ، حلب ، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية .

د. عبد الحميد متولي :

المفصل في القانون الدستوري ، القاهرة، دار النهضة العربية ، ج١، ١٩٥٢

الأنظمة السياسية والمباديء الدستورية ، دار النهضة العربية ، ج١ ، ١٩٥٨

د. عبد المنعم البدراوي :

المدخل للعلوم القانونية ، دار النهضة العربية ، بيروت ، ١٩٦٦

د. عثمان خليل :

القانون الاداري ، ط٢ ، ١٩٥٠ ، دار الفكر العربي .

د. عصام عبد الوهاب البرزنجي :

السلطة التقديرية للادارة والرقابة القضائية ، ١٩٧١ ، دار النهضة العربية .

د. عبد الوهاب يونس العطافي :

ماهية الحق في القانون الخاص ، مقال منشور في مجلة القانون والاقتصاد جامعة القاهرة ، عدد ٢ ، السنة ٣٤

د. عمر عبد الله :

العرف في الفقه الاسلامي ، مقال منشور في مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية ، السنة الخامسة (يناير ـ مارس ١٩٥١) ، العدد ١و٢

د. عبد الله طلبه :

الرقابة على اعمال الادارة ـ الرقابة القضائية ، دمشق ، المطبعة الجديدة، ١٩٧٦

د. عبد الناصر توفيق العطار :

مدخل لدراسة القانون ، الاسكندرية ، المطبعة الجديدة .

د. عثمان خليل :

التنظيم الاداري في الدول العربية ، محاضرات لقسم القانون ، معهد الدراسات العربية العليا ، ١٩٥٩-١٩٦٠

د. عبد الودود يحيى :

دروس في مبادىء القانون ، القاهرة ، ١٩٧٦ ، دار النهضة العربية .

د. فؤاد العطار :

القانون الاداري ، القاهرة ، دار النهضة العربية ، ١٩٦٧ ، ط٣

القضاء الاداري ــ دراسة مقارنة لاصول رقابة القضاء على اعمال الادارة وعمالها ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٦٦-١٩٦٧

النظم السياسية والقانون الدستوري ، القاهرة ، دار النهضة العربية ، ١٩٦٥-١٩٦٦

د. قدري عبد الفتاح الشهاوي :

جرائم السلطة الضبطية ، دار النهضة العربية ، ١٩٧٧ ، القاهرة

د. كمال ابو زكي ابو العيد :

مبدا الشرعية في الدول الاشتراكية ، رسالة دكتوراة ، جامعة القاهرة ، ١٩٧٥

د. محمد جودة الملط :

المسؤولية التأديبية للموظف العام ، القاهرة ، دار النهضة العربية ،١٩٦٧

د. مصطفى ابو زيد فهمي :

القضاء الاداري ومجلس الدولة ، ط٤ ، منشاة المعارف بالاسكندرية ، ١٩٧٩

د. مصطفى البارودي :

الحقوق الدستورية ، ج٢ ، دمشق ، ١٩٥٩ـ١٩٦٠ ، مطبعة الجامعة السورية .

الوجيز في الحقوق الادارية ، دمشق ، المطبعة الهاشمية ، ط٢ ، ١٩٥٨

د. محمد طـه بدوي :

القانون والدولة ـ مدخل الى دراسة القانون العام والعلوم السياسية ، ط١ ، دار المعارف بالاسكندرية ، ١٩٥٩

د. محمد زهير جيرانه :

حق الدولة والأفراد على الأموال العامة ، القاهرة ، مكتبة عبد الله وهبة .

د. محمد مصطفى حسن :

السلطة التقديرية في القرارات الادارية ، ١٩٧٤ ، القاهرة ، مطبعة عاطف .

د. منير العجلاني :

الحقوق الدستورية ، دمشق ، مطبعة الجامعة السورية ، ١٩٥٥

د. ماجد راغب الحلو :

القضاء الاداري ، ١٩٧٧ ، الاسكندرية ، دار المطبوعات الجامعية .

د. محمد شافعي الوراس :

القضاء الاداري ، القاهرة ، عالم الكتب ، ١٩٨١

د. محمد عصفور :

نحو نظرية عامة في التاديب ، القاهرة ، ١٩٦١ ، عالم الكتب .

نظرية الضبط الاداري ، ١٩٦٥ ، دار النهضة العربية .

مذاهب المحكمة الادارية العليا في الرقابة والتفسير والابتداع ، ١٩٥٧ ، المطبعة العاملية .

د. محمد ابراهيم الوالي :

نظرية التفويض الاداري ، القاهرة ، دار الفكر العربي ، ط١ ، ١٩٧٩

د. محمد مختار محمد عثمان :

الجريمة التاديبية بين القانون الاداري وعلم الادارة العامة ، دراسة مقارنة ، ط١ ، ١٩٧٣ ، دار الفكر العربي .

د. مصطفى أحمد الزرقا :

المدخل الفقهي العام في الحقوق المدنية ، دمشق ، مطبعة جامعة دمشق ، ج٢ ، ط٧ ، ١٩٦٣

د. محمد كامل ليله :

مبادىء القانون الاداري ، الكتاب الأول ، ج١ ، مقدمة القانون الاداري ، ط١ ، دار النهضة العربية ، ١٩٦٨

الرقابة على اعمال الادارة ـ الرقابة القضائية ، الكتاب الثاني ، بيروت ، ١٩٦٧ـ١٩٦٨ ، دار النهضة العربية .

القانون الدستوري ، دار الفكر العربي ، ١٩٧١

د. محمد فؤاد مهنا :

القانون الاداري المصري والمقارن ، ج١ ، السلطة الادارية ، ١٩٥٨ ، مطبعة نصر .

الوجيز في القانون المصري والسلطة الادارية ، مؤسسة المطبوعات الحديثة ، القاهرة ، ١٩٦٠ .

سياسة الوظائف العامة وتطبيقاتها في ضوء مبادىء علم التنظيم ، ١٩٦٧ ، دار النهضة العربية .

مبادىء وأحكام القانون الاداري في جمهورية مصر العربية ، مؤسسة شباب الجامعة ، الاسكندرية .

القانون الاداري العربي في ظل النظام الاشتراكي الديموقراطي التعاوني ، ط٣ ، دار المعارف ، المجلد الاول ، ١٩٦٧

د. محمود محمد حافظ :

القضاء الاداري ـ دراسة مقارنة ، القاهرة ، ط٤ ، ١٩٦٧ ، دار النهضة العربيــة .

د. محمود حلمي :

القضاء الاداري ، القاهرة ، ط٢ ، ١٩٧٤ ، دار الفكر العربي .

نشاط الادارة ، ط١ ، ١٩٦٨ ، دار الفكر العربي .

محمد كامل مرسي وسيد مصطفى :

اصول القوانين ، القاهرة ، ١٩٢٣ ، مطبعة الرغائب .

محمد كامل مرسي بك :

الأموال ، القاهرة ، ١٩٣٥ ، مطبعة الرغائب .

محمد حامد الجمل :

الموظف العام ، القاهرة ، ط٢ ، دار النهضة العربية ، ١٩٦٩

الموظف العام ، القاهرة ، ط١ ، ج١ ، دار الفكر الحديث للطباعة والنشر ، ١٩٥٨

د. محسن خليل :

مبادىء القانون الاداري اللبناني ، جامعة بيروت العربية ، ١٩٧٧

القضاء الاداري اللبناني ورقابته لاعمال الادارة ، دار النهضة العربية ، ١٩٦٨

النظم السياسية والقانون الدستوري ، ط٢ ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، ١٩٦٧

د. نعمان خليل جمعه :

دروس في المدخل للعلوم القانونية ، جامعة القاهرة ، كلية الحقوق ، دار النهضة العربية .

د. نعيم عطيه :

مساهمة في دراسة النظرية العامة للحريات الفردية ، رسالة دكتوراة ، جامعة القاهرة ، ١٩٦٣–١٩٦٤ ، مطبعة الجبلاوي .

نعوم السيوفي :

امالي ومحاضرات في الحقوق الادارية ، جامعة حلب ، ١٩٦٤ ، مديرية الكتب الجامعية .

د. وحيد فكري رافت :

مذكرات في القانون الاداري، ١٩٣٧–١٩٣٨ ، ط١، ج١، دار الفكر العربي.

د. وايت ابراهيم :

التقاليد ، مقال منشور في مجلة القانون والاقتصاد ، السنة الثانية ، العدد الثالث .

٢ ـ مجموعة الأحكام والدوريات :

١ ــ مجموعات المكتب الفني بمجلس الدولة المصري للأحكام الصادرة عن :

آ ــ المحكمة الادارية العليا من السنة الأولى حتى السنة العاشرة .

ب ــ المحكمة الادارية العليا في عشر سنوات .

ج ــ محكمة القضاء الاداري من السنة الأولى حتى السنة الخامسة عشرة

د ــ محكمة القضاء الاداري في خمسة عشر عاما .

٢ ــ مجموعات المكتب الفني بمجلس الدولة المصري للفتاوى الصادرة حتى السنة الثامنة عشرة .

آ ــ عن ادارات الفتاوى والتشريع .

ب ــ عن الجمعية العمومية للقسم الاستشاري بمجلس الدولة .

٣ ـ مجموعة المكتب الفني لمحكمة النقض للمبادىء التي قررتها في /٢٥/ سنة مدني .

٤ ـ مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، ج١ .

٥ ـ مجموعة المبادىء التي قررتها محكمة القضاء الاداري في سوريا مع تعقيبات المحكمة الادارية العليا ، عام ١٩٦٦ و ١٩٦٧

٦ ـ مجموعة المبادىء القانونية التي قررتها المحكمة الادارية العليا في سوريا عام ١٩٦٦

٧ ـ مجموعة آراء القسم الاستشاري بمجلس الدولة السوري لعام ١٩٦٧

٨ ـ مجموعة المبادىء القانونية لمحكمة العدل العليا في الأردن من عام ١٩٥٣ـ١٩٧١ ، مطبوعات نقابة المحامين ـ عمان ، اشراف الدكتور حنا ابراهيم نده .

٩ ـ مجموعة قضاء المحكمة العليا الاتحاديه في ليبيا ، ج٢ ، ١٩٦٣

١٠ـ مجموعة قضاء المحكمة العليا في ليبيا من ١٩٥٣ـ١٩٥٨ ، ج١

١١ـ مجموعة المبادىء القانونية التي قررتها المحكمة العليا في ليبيا من ١٩٥٣ـ١٩٦٧ ، ج١ ، مطبعة المحكمة العليا .

١٢ـ مجلة القانون والاقتصاد ، القاهرة ، جامعة القاهرة .

١٣ـ مجلة المحامين ، نقابة المحامين ، دمشق .

١٤ـ مجلة ادارة قضايا الحكومة ، القاهرة .

١٥ـ مجلة العلوم الادارية ، القاهرة .

ثانيــا ـ المراجــع الاجنبيــة

١ ـ الكتــب :

— Auby et Drago : Traitè de contentieux adminstratif,
Paris, Dalloz Tom, III, 1962, L.G.D.J.

— Benoi Jenneau : Les Principes generaux du droit dans la
jurisprudence administative, Thèse, Paris, 1954

— Buttgenbach : Manuel du droit administatif (Theorie generale)
3 edition, Bruxelles, 1966

— Bonnard « logis » : Precis de droit administratif, 3 edition,
Dalloz; 1930

— De belmas : La pratique administrative comme source de droit,
Thése, Taulause, 1932

— Debbach (Charles) : Droit administratif, Paris edition, cojas, 1971

— Dabin «Jean» : Theorie gènèrale du droit, Bruxelles, Etablissement,
Bruylont, 1953, 2 edition.

— De laubadère (A) : Traitè de droit administrative, 6 edition, 1973;
Librarie generale de droit et de jurisprudence.

— Duverger (M) : Droit const et institutions pulitique, edition;
themis, Paris, Dalloz, 1948

— Duez et Debeyere : Traité de droit administratif;
Recueil; Dalloz, Paris, 1970

— Duguit : Traitè de droit constitutionnel, 2 edition, Paris, 1921

— Geny (F) : Methodes d'interpretation et sources en droit prive positif, Paris, T. 2, 1954; 2 edition, Librairie generale de droit et jurisprudence.

— Geny (F) : Science et technique en droit privè postif, Paris, Siery, Tom, 1954

— Hauriou (Andrè) : Précis de droit constitutionnel, Paris, Dalloz, 1923

— Le febver «Maurice» : La coutume comme source de droit Français contemporain, Thèse, Lille, 1906

— Le brunt (Auguste) : La coutume, ses sources, son autoritè en droit privè, Thèse, Caen, 1932

— Lambert : La fonction du droit civil comparè, Paris, 1903, Tom, 1

— Lyskauski (I) : Etude de droit Civil à la mémoire de H. Capitant, Dalloz, Paris, 1939

— Plantey (Alain) : Traitè pratique de la fonction publique Tom, 1; 2 edition, Paris, 1963

— Prelot (M) : Institution politique en droit constitutionnel Paris, Dalloz, 1907

— Peritch (J.M) Quelques abstervation sur la problème de sources du droit et la fonction de la loi-dans Recueil Geny; Tom2

— Rivero (Jean) : Droit administratif; 4 edition, Dalloz; Paris, 1970

— Ripert (Geoage): Les forces créatrices du droit, Paris, Dalloz, 1953

— Reglade (Marc) : La coutume en droit public interne, Thèse, Bordeux, 1919

— Stassinopoulos « Michel » : Traitè des actes administratifs, Recueil Siery, Paris; 1954

— Taissir Jifi : Le droit internationnel comme source du droit administatif, Beyrouth, 1974; Deuxième partie.

— Valette (Léone) : Du rôle de la coutume dans l'elaboration du droit privè positif actuel, Thèse, Lyon, 1907

— Vedel : Droit administratif, Paris, Dalloz, 3ed; 1964

— Waline (Maurice) : Traitè de droit administratif, 2ed, Dalloz, Paris, 1971

— Waline (Maurice) : Manuel elementaire de droit adm, 4ed, Dalloz, Paris, 1968

٢ ـ المجموعـات :

— Juris classeur administratif (J.C.A.).

— Recueil Dalloz (D).

— Recueil Siery (S).

— Encyclopedie juridique, Droit administratif; Dalloz, A. Tom 1. 1958, Paris.

٣ ـ المجـلات :

— Revue de droit public (R.D.P.).

٤ ـ المقالات :

— G. Vedel : soummission de l'administration à la loi.

مقال منشور في مجلة القانون والاقتصاد ، جامعة القاهرة سنة ٩٣٥

— Millot (g) : Coutume et jurisprudence Muslamanes (Orf et Amal) Rapports generaux au ve congrès international de droit comparé; Bruxelles, etablissement Emille Bruylant, 1960 - 1.1

— Jerom Cotonis : Usage in modern canon law, its nature, its influence; its relation with costum; Rapports generaux au ve congrè internationl de droit comparé; Brauxelles; etablissement Emille Bruylant; 1960; T, 1

— J. De Smidt : La probléme de la redaction des droit coutumieres, Rapports generaux au ve congrè, international de droit comparè, Bruxelles; etablissement Emille Bruylant; 1960, T, 1

الفهرس

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضـــوع	الصفحة

البــاب الثــاني

الموضـــوع	الصفحة

الموضـــوع	الصفحة

البــاب الثــالث

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

القسم الثاني

الباب الاول

الموضـوع	الصفحة

البـاب الثـاني

الموضوع	الصفحة

الباب الثالث

الموضوع	الصفحة

الموضــوع | الصفحة

الموضوع	الصفحة

الخطـأ	الصــواب	الصفحة
اجماع الفقه ـ وآراء الفقه	اجماع الفقه ـ آراء الفقه	١٨
Droit populiaire	Droit populaire	١٩
سلامرية	سلامه	٤٣
تأثرها	تأثيرها	٥٥
Stassimopolos	stassinopulos	٦٤
incherant	incoherant	٨١
trait	traité	٨٩
Substartuv	substratum	٩٦
التديرية	التقديرية	١٠٤
بما في ذلك من التكرار	بما في ذلك التكرار	١١٠
أجزاء	اجراء	١١٧
Methodes , Inteypretatian	methodes , d , interpretation	١١٩
Bu Hgembach	Bu Hgembach	١٤٧
Compiere	Comporé	١٤٨
تضاء التعويض	قضاء التعويض	١٥١
De Laubadede	De Laubodere	١٥٢
ôtat de droit	E tat de droit	١٦١
Libarie	Librarie	١٧١
encuclopedie	encgclopedie	١٧١
De Laubodere	De Laubadere	١٧١
الوقاعد	القواعد	٢٣٤
Circunstances	Circumstances	٢٣٦
De Laubodere	De Laubadére	٢٣٧
مها	مهمـا	٢٤٠
درايــة	دراسة	٢٥٧
degle	regle	٢٥٧
تعاق	نطــاق	٢٩٢
عزمها في العودة	عزمها العودة	٢٩٧
خلاقه لاقامة	خلافه بالنسبة لاقامة	٣٠٠
sons	sans	٣١١
sujer	sujet	٣١١
sociul	social	٣١٩


عكرمة
مطبعة عكرمة دمشق
هاتف: ٢١٣٤٨٩ ـ ص.ب: ١١٨٨١

هذا الكتاب

منذ فجر الحيـــاة والبشرية ترنو الى حياة تظلها السعادة ، ويسودها العــدل .

والعدالة متعددة الجوانب والابعاد ، فهنالك العدالة في ذاتها ــ العدالة المجردة حلم الفلاسفة وصبوات رجال القانـــون ... وهنالك العدالة فـــي مظهرها التطبيقي القائم على عنصر المكان والزمان والواقع ...

والعدالة الواقعية أو التطبيقية تنطوي على عـــدة عناصـــر لعل أهمهـــا العدالة الادارية .

واذا كانت الديوانية « البيروقراطية » تلقي بأثقالها المرهقة على صدر الانسانية ، فهذا الظلام الدامس لا يخلو من بوارق وومضات ألق ... أي لا يخلو من وجود ادارة حسنة تعمل ــ انطلاقا من الضمير العصري ــ فـــي وضح النهار وتتقرى كافة الوسائل والضوابط والمعايير لسلوكها العادل .

وهذا الكتاب محاولة نحو تشريح جسد العدالة الادارية وأداتها العرف الاداري ... والقاء الضوء الكاشف على طبيعة هذه الاداة وجوهرها وتكوينها ومبرراتها ومعاييرها ونطاقها ...

وهو بطبيعة الحال أول دراســـة جامعة لهذه الجوانب والامور ليس في تاريخ القانون العربي فحسب بل في القانون المقارن .

الناشر

السعر « ٦٠ » ل.س